

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 891

(Ano XI)

(02/02/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



01/02/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Violação da intimidade como violência doméstica contra a mulher e o novo crime de registro não autorizado da intimidade sexual](#)

ARTIGOS

01/02/2019 Daniel Dal Pont Adriano

» [A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - análise crítica da Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal](#)

01/02/2019 Deyvison Emanuel Lima de Menezes

» [A Lei Maria da Penha X os autos índices de violência doméstica e familiar no Brasil](#)

01/02/2019 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Lei de acesso à informação e o direito à informação pública da remuneração dos servidores públicos de forma nominal: a preponderância do interesse público](#)

31/01/2019 Rafael Wanderley de Siqueira Araujo

» [Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil brasileiro](#)

31/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Tomada de contas especial na Administração Pública do Piauí](#)

31/01/2019 Mila Alves de Oliveira Soares

» [O erro médico e a ação de indenização](#)

30/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Leis de diretrizes e bases da educação comentários](#)

30/01/2019 Daniel Dal Pont Adriano

» [A adoção da teoria concretista em relação aos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes da república](#)

30/01/2019 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A cassação da aposentadoria do servidor público como sanção administrativa: uma análise à luz do painel jurisprudencial do STF](#)

29/01/2019 Rafael Wanderley de Siqueira Araujo

» [O reconhecimento de saberes e competências \(RSC\) instituído pela Lei n. 12.772/2012 e sua aplicação aos docentes inativos: uma análise à luz da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região](#)

29/01/2019 Heitor José Fidelis Almeida de Souza

» [A nova lei do distrato imobiliário e a agenda corporativa do Congresso Nacional: Bastidores do projeto legislativo inicialmente benéfico aos consumidores que se curvou aos interesses do capital imobiliário](#)

29/01/2019 Kelly Martins Medrado

» [Gestão de contratos administrativos: uma ponte para o desenvolvimento sustentável](#)

28/01/2019 Mila Alves de Oliveira Soares

» [O erro médico e a responsabilidade civil](#)

28/01/2019 João Pedro Martins de Sousa

» [Os princípios da interpretação constitucional na jurisprudência brasileira](#)

28/01/2019 Rafael Wanderley de Siqueira Araujo

» [A constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009: breve histórico e análise material](#)

VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE COMO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O NOVO CRIME DE REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das alterações promovidas pela Lei 13.772/18 na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e no Código Penal Brasileiro.

A primeira mudança a ser tratada diz respeito a uma nova modalidade de violência doméstica e familiar contra a mulher que foi incluída no artigo 7º., da Lei 11.340/06. Em seguida passar-se-á ao estudo do novo crime, cujo “nomen juris” é “Registro não autorizado da intimidade sexual” (artigo 216 – B, CP).

Ao final serão retomadas as principais ideias expostas ao longo do texto e indicadas as conclusões respectivas.

2-A NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

É sabido que a Lei 11.340/06 arrola em seu artigo 7º., incisos I a V, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Note-se que o rol ali previsto não é taxativo, pois que o “caput” do artigo 7º., ora em estudo afirma que aquelas são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, “entre outras”, expressão esta que permite o uso da chamada “interpretação analógica”, ampliando o que ali está casuisticamente descrito para abranger situações similares não expressas.

São cinco as espécies de violência contra a mulher previstas no dispositivo, a saber: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Destaque-se que a depender do caso concreto, na prática de um único ato a mulher poderá ser atingida por mais de uma espécie de violência, de forma que as modalidades não são entre si excludentes, mas complementares e passíveis de concomitância.

Outro ponto importante é que a Lei 11.340/06 não prevê nenhum crime específico contra a mulher. [1] As formas de violência dispostas no artigo 7º., sob comento não são descrições de condutas criminosas (preceitos primários) e respectivas sanções penais (preceitos secundários). Aliás, não há nem descrição alguma de conduta, mas apenas menção de espécies de violência, bem como não há previsão de penas. A responsabilização criminal de agressores se dará por meio da legislação penal comum codificada e esparsa, servindo o artigo 5º., da Lei 11.340/06 para estabelecer as circunstâncias e o artigo 7º., as espécies de violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de que as normas mais rigorosas da Lei Maria da Penha possam ser aplicadas aos infratores, de acordo com as infrações penais que venham a cometer.

Nesse quadro, a Lei 13.772/18 inclui no artigo 7º., inciso II, da Lei 11.340/06 uma nova forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, qual seja, a “violação de sua intimidade”. Esta, portanto, passa a ser mais uma forma de “violência psicológica” contra a mulher.

Seria então essa mudança legal uma espécie de “novatio legis in pejus” ou ainda uma espécie de “novatio legis” incriminadora?

É evidente que não se trata de uma “novatio legis” incriminadora, eis que, como já visto, o artigo 7º., da Lei Maria da Penha somente arrola espécies de violência doméstica contra a mulher, devendo o infrator responder nos crimes já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata da criação de uma nova conduta criminosa.

Também não se pode dizer que seja uma “novatio legis in pejus” ou mesmo “in mellius”. Na verdade o legislador apenas deixa mais explícito que a “violação da intimidade” da mulher, em circunstâncias de violência doméstica e familiar (artigo 5º., I a III, da Lei 11.340/06), contará com a tutela dos institutos dessa legislação mais rigorosa. Mas, será que não ocorre uma contradição quando se afirma que o novo dispositivo explicita a aplicação de legislação mais rigorosa e a

alegação de que não há “novatio legis in pejus”? A resposta é negativa. As aparências enganam. É preciso lembrar do que aqui já foi dito. O artigo 7º., da Lei Maria da Penha não é taxativo, seu “caput” admite, em sua parte final, “outras” formas de violência. Portanto, a “violação da intimidade” de uma mulher no âmbito doméstico e/ou familiar, desde que configurado algum tipo penal existente em nosso ordenamento, sempre foi passível de ser reconhecida como uma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei 13.772/18 apenas torna o que seria alcançável mediante a chamada “interpretação analógica”, possível de ser concretizado por referência a uma previsão legal expressa. Além disso, há outras figuras no próprio artigo 7º., inciso II da Lei 11.340/06 que poderiam abrigar a violação da intimidade como forma de violência psicológica, conforme se verá com mais detalhes adiante. Dessa maneira, é viável afirmar que a nova disposição pode perfeitamente ser aplicada a casos de violência doméstica, com atingimento da intimidade da mulher, ocorridos preteritamente à publicação da Lei 13.772/18.

Ponto relevante ressaltado oportuna e originalmente por Leitão e Oliveira, diz respeito à amplitude do termo “violação da intimidade”. Os autores sobreditos questionam se essa “intimidade” seria adstrita somente ao aspecto “sexual” ou comportaria uma interpretação mais ampla, abrangendo qualquer violação de intimidade no “seio familiar” e doméstico, como, por exemplo, a exposição de alterações, situações ridículas, humilhações de toda sorte, vexames etc. Concluem em seu trabalho que a “intimidade” ali mencionada deve se referir somente ao “campo da intimidade sexual”. Baseiam-se em uma interpretação sistemática da Lei 13.772/19, a qual, em seguida, cria o novo crime de “registro de imagem não autorizada de *intimidade sexual*” (grifo nosso). Entendem, portanto, que a “mens legis” está voltada ao aspecto sexual e não a outras situações. [2]

Considerando que o entendimento esposado por Leitão e Oliveira acima exposto venha a prosperar, isso não significa que eventuais violações da intimidade de uma mulher no âmbito doméstico e/ou familiar deixem de poder ser classificadas como formas de violência, nos termos do artigo 7º., da Lei Maria da Penha, seja em seu “caput”, que, como já visto, abre a possibilidade de interpretação analógica, seja, conforme o caso, nos incisos que o seguem. O próprio inciso II pode abranger casos de violação da intimidade não sexual quando trata da violência psicológica que cause “dano emocional”, “diminuição da

autoestima”, degradação, perturbação do pleno desenvolvimento, “humilhação”, “constrangimento”, “isolamento” etc. É visível que mesmo reduzindo a “violação da intimidade” ao aspecto sexual, isso não significa jamais o afastamento de outras violações à intimidade como forma de violência doméstica e familiar, seja na abertura do “caput” (“entre outras”), seja em previsões expressas do próprio artigo 7º., inciso II que trata da mesma violência psicológica. Isso sem falar no inciso V, que trata da “violência moral”, desde que haja prática de algum crime contra a honra da mulher no respectivo contexto.

Por outro lado, os mesmos autores supra mencionados indicam a possibilidade de interpretação diversa mais ampla. Seria o caso de se considerar que a “violação da intimidade” não seria reduzida ao seu aspecto sexual, mas abrangeria qualquer espécie de ataque à intimidade da mulher no âmbito doméstico ou familiar. Essa interpretação mais ampla teria por fundamento o entendimento de que as normas que designam as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher devem ter uma interpretação de longo alcance, visando à maior amplitude protetiva possível. Outro argumento seria o de que a “violência sexual” já teria previsão no inciso III, do próprio artigo 7º., da Lei 11.340/06. Assim sendo, a interpretação reduzida ao aspecto sexual violaria à regra de hermenêutica segundo a qual a lei não traz em si dispositivos ou palavras inúteis. [3]

Ambas as posições acerca do alcance da expressão “violação da intimidade” acrescida ao dispositivo sob comento contam com bons argumentos. Como visto, seja qual for o posicionamento adotado, a mulher não perderá a tutela da Lei Maria da Penha por falta de previsão de uma forma de violência doméstica e familiar. O rol do artigo 7º., não é taxativo e há possibilidade de enquadramento no próprio inciso II, seja da intimidade sexual ou de outras violações da intimidade.

Ao que nos parece, inobstante a elasticidade da legislação pertinente, a não causar prejuízo à mulher vitimizada, considerando, como fizeram Leitão e Oliveira, uma interpretação sistemática da Lei 13.772/18 que, afinal de contas, foi a responsável pela inclusão do termo em discussão no inciso II, do artigo 7º., da Lei 11.340/06, parece mais plausível que a “mens legis” é de atingir à *intimidade de cunho sexual*, ficando as demais violações passíveis de subsunção ao próprio inciso II nas outras figuras, conforme o caso ou mesmo, em última análise, por meio de interpretação analógica de acordo com a expressão “entre outras” que consta do artigo 7º., “caput”, da Lei 11.340/06. Isso porque a Lei 13.772/18

nitidamente tem por objeto imediato claro e evidente a tutela específica da *intimidade sexual* e não de outras naturezas, pois em seu bojo traz a lume exatamente um novo tipo penal para punir o “registro não autorizado da *intimidade sexual*” (grifo nosso). A essa mesma conclusão se pode chegar ao analisar o teor da ementa da referida lei que trata da violência doméstica ligada à intimidade da mulher conjuntamente com a tutela da intimidade e privacidade sexual, libidinosa e da situação de nudez das pessoas.

Nas lições especializadas de hermenêutica jurídica se encontra o seguinte ensinamento a corroborar esta tese:

“Consiste o *Processo Sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. (...). Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio”. [4]

Os argumentos de uma interpretação mais ampla possível e da previsão da “violência sexual” no inciso III do mesmo dispositivo enfocado não parecem ter força de convicção suficiente.

Não há necessidade alguma de elastério de expressões nos incisos, tendo em vista o fato exposto neste texto de que não se trata de rol taxativo, mas exemplificativo e passível de “interpretação analógica”. Portanto, qualquer promoção de expansão interpretativa das casuísticas expressas é absolutamente dispensável.

Também não procede o recurso à alegação de que a “violência sexual” já estaria prevista no inciso III do artigo 7º., da Lei Maria da Penha. O leitor que perscrutar o referido inciso III, verá que ali nada consta que se possa ligar a uma simples violação da intimidade no aspecto sexual. São previstos casos mais gravosos ainda de violência sexual mediante constrangimentos, relações sexuais forçadas, comércio e utilização induzidos da sexualidade, impedimentos à

concepção, matrimônio forçado, aborto sem consentimento, prostituição forçada, coação, chantagem, suborno ou manipulação e finalmente limitação ou anulação do exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Ora, não há previsão, como dito antes, da específica “violação da intimidade” de caráter sexual e sim outras formas de violência que envolvem a sexualidade de forma mais direta e contundente. Ou seja, o inciso III do artigo 7º., não serve para colmatar a lacuna de uma previsão expressa da “violação da intimidade” de cunho sexual. Essa previsão expressa é feita pela inclusão do termo no inciso II do mesmo artigo pela Lei 13.772/18. Antes disso, seria possível a configuração de violência doméstica e familiar contra a mulher mediante violação de sua intimidade, seja sexual ou de outra natureza, por aplicação de outras figuras, não do inciso III, mas do próprio inciso II (“violência psicológica”) ou então, lançando mão da expressão “entre outras” constante da parte final do “caput” do artigo 7º., por interpretação analógica.

Uma indagação ainda ficaria. Se realmente o intento do legislador era a previsão da “violação da intimidade” sob o estrito aspecto sexual, tendo em vista o conteúdo geral da Lei 13.772/18, por que então não incluiu a nova forma de violência no inciso III, que trata exatamente da “violência sexual” e sim no inciso II, que trata da “violência psicológica”? Essa escolha legislativa não estaria a indicar que a expressão “violação da intimidade” teria um sentido amplo e não restrito à questão sexual?

A resposta a essa indagação é negativa. Ocorre que a “violação da intimidade”, ainda que seja a sexual, se coaduna muito mais com o conceito de “violência psicológica” do que sexual. Note-se, como já foi exposto, que os casos previstos no inciso III são muito mais diretos e graves no que tange às violações sexuais propriamente ditas. É claro que a exposição da intimidade sexual, também tem reflexos sobre a dignidade sexual da mulher ou de qualquer pessoa. Mas, o dano é claramente muito mais psicológico e próximo ao que trata o inciso II, inclusive em outras figuras que falam de “humilhação”, “dano emocional”, atingimento da “autoestima” etc. A proximidade da “violação da intimidade” à “violência psicológica” é sensivelmente maior do que à da “violência sexual”, ao menos de acordo com as redações dadas aos incisos II e III do artigo 7º., da Lei 11.340/06. É evidente que a violação da intimidade sexual atinge também a dignidade sexual, tanto é fato que isso permite que a mesma Lei 13.772/18 crie o novo tipo penal do artigo 216 –B, CP e o Capítulo I – A no Código Penal Brasileiro,

como integrante do Título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Isso, entretanto, não afasta, antes confirma, o fato de que a Lei 13.772/18 é voltada para o aspecto da intimidade sexual, impondo sua interpretação sistemática neste sentido, assim como não altera a configuração mais contundente, visceral mesmo da “violência sexual” prevista no inciso III do artigo 7º., da Lei Maria da Penha, e a conformação de violações mais sentimentais, emocionais, abstratas na “violência psicológica” delineada no inciso II do mesmo dispositivo.

Por derradeiro, em pesquisa no site do Congresso Nacional é possível acessar à proposição que originou a Lei 13.772/18, qual seja, o Projeto de Lei 555/13 do Deputado Federal João Arruda. Ali se constata que desde a “Justificação” do referido Deputado Federal, passando por 24 pareceres e alterações diversas na conformação original do projeto, grande destaque é dado à intimidade em seu aspecto sexual, havendo sempre e invariavelmente uma ligação entre a previsão da “violação da intimidade” como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher e as condutas que ferem essa intimidade com coleta ou exposição de fotos, filmagens, imagens, vídeos etc. de cunho sexual. Os assuntos são tratados em todas as manifestações do Processo Legislativo de forma conjunta, deixando bastante claro que o intento do legislador era realmente a tutela da “intimidade sexual” da mulher no âmbito doméstico. [5]

3-O CRIME DE REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL

A Lei 13.772/18 também cria um novo “Capítulo I – A” no Título VI do Código Penal – “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Esse novo capítulo tem o “nomen juris” seguinte: “Da Exposição da Intimidade Sexual”.

O mencionado novo capítulo é composto de tão somente um crime, descrito no artigo 216 – B, CP e seu Parágrafo Único. Tal crime não descreve a conduta de “exposição”, “veiculação”, “distribuição”, “divulgação” etc. de cenas íntimas relativas a nudez, ato sexual ou ato libidinoso. Na verdade, prevê a conduta de “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”. Também incrimina, em seu Parágrafo Único, por equiparação, a conduta da realização de “montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Assim sendo, o “nomen juris” escolhido para o novo capítulo já se mostra inadequado, eis que não há ali qualquer descrição de conduta referente à “exposição da intimidade sexual”, mas sim ao seu **registro desautorizado**. Na verdade a “exposição” dessas cenas é prevista em outro tipo penal anteriormente criado, não pela Lei 13.772/18, mas pela Lei 13.718/18 (artigo 218 – C, CP).

Na realidade, a Lei 13.718/18 criou inicialmente o artigo 218 – C, CP, versando sobre a prática criminosa de divulgação de cenas sensuais e não previu na época a simples captação das imagens sem a respectiva divulgação. Essa lacuna é colmatada então pela Lei 13.772/18. Agora, tal qual no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), não somente a divulgação de cenas sensuais é incriminada, mas também sua captação sem o consentimento dos ofendidos. [6]

Aliás, é bom lembrar que se as práticas previstas no artigo 216 – B, CP tiverem por sujeitos passivos crianças ou adolescentes esse tipo penal comum fica afastado, prevalecendo a tipificação da Lei 8.069/90 por força do Princípio da Especialidade. Inclusive, corretamente, as penas previstas para esse tipo de conduta, envolvendo crianças e adolescentes são mais rigorosas (vide artigo 240 do ECA – Lei 8.069/90).

O crime do artigo 216 – B, CP é de ação múltipla, conteúdo variado ou tipo misto alternativo, pois composto de vários núcleos verbais, os quais, se praticados num mesmo contexto não conduzem à multiplicidade de crimes. Também se trata de crime de forma livre, pois a produção, fotografia, filmagem ou registro podem ser feitos “por qualquer meio”.

O conteúdo dos registros deve ser de cenas de nudez ou ato sexual ou libidinoso. Sempre de caráter íntimo ou privado, o que vale dizer que se a pessoa se posta nua na via pública e é filmada, por exemplo, não há ilícito. A intimidade e a vida privada são bens jurídicos disponíveis. Outro aspecto relevante é que o consentimento da vítima afasta a prática criminosa. Se a suposta vítima autoriza a filmagem, registro etc., não há ilícito, conforme expressamente previsto no tipo penal.

A legislação menciona cenas de “caráter íntimo e privado”. Tendo em vista, a distinção que se costuma fazer na doutrina entre “intimidade” e “privacidade”, é de se entender que a conjunção aditiva “e” ali foi empregada de forma inadequada. Na verdade, as cenas miradas pela legislação serão de “caráter

íntimo **ou** privado”. A conhecida Teoria dos Círculos Concêntricos faria com que a lei contivesse uma palavra inútil, eis que o íntimo é algo mais restrito ainda do que o privado. Então ao dizer privado, já se abarca o íntimo, de modo que haveria redundância. Ou seja, se não posso violar o privado, muito menos poderei o íntimo.

Para melhor entendimento, mister se faz uma breve digressão.

A chamada “Teoria dos Círculos Concêntricos” ou “Teoria das Esferas da Personalidade”, tem seu surgimento no ano de 1953 por elaboração do alemão Heinrich Hubmann. Ela foi divulgada no Brasil inicialmente por Elimar Szaniawski, sendo acatada minoritariamente na dogmática jurídica. No entanto, com a reelaboração procedida por Heinrich Henkel, já pelos idos de 1957, tornou-se entendimento majoritário na doutrina. [7]

Vale transcrever o ensinamento de Costa Júnior:

“A esfera da vida particular poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo.

Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quivis ex populo* [8], como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do

titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa” (grifos no original). [9]

Na mesma linha Nunes Júnior se vale dos ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos:

“ *A vida privada e a intimidade* são os outros nomes do *direito de estar só*, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rezervatezza* e os americanos *privacy*). (...). Amiúde, a ideia de *vida privada* é mais ampla do que a de *intimidade*. Vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário etc. Intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal’. Dessa maneira, podemos afirmar que *intimidade e vida privadas* são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo às relações mais íntimas da pessoa” (grifos no original). [10]

O legislador sequer chega a tratar da esfera do “segredo”, mas como se refere à esfera do “privado”, isso não deixa o “segredo” desprovido de tutela. Se a

esfera mais externa, que é a privada, está protegida, então, obviamente, o estão também as esferas mais internas da intimidade e do segredo. A conjunção aditiva “e” torna-se sem sentido, porque sua interpretação literal nos conduziria a uma semântica absurda a exigir que a violação tivesse que se dar, concomitantemente, na esfera privada e íntima, sendo que é notório que atingimento seja da privacidade, seja da intimidade justificam a repressão legal. Reiterando ainda que, mesmo diante do silêncio da lei, está abrangida a esfera do segredo.

Nessa senda, haverá violação da intimidade nas chamadas práticas de “upskirting”, consistentes em “fotografar e registrar imagens por debaixo da saia ou vestido de uma pessoa sem o seu consentimento”, configurando-se o artigo 216 –B, CP. [11] Poderá haver quem objete que a vítima normalmente será registrada em roupas íntimas. Não haverá, é claro, ato sexual ou libidinoso. E se questionará a configuração da “nudez”. Entende-se, contudo, que a nudez a que se refere a lei não precisa ser completa, aliás não há essa exigência de completude na letra da legislação. A nudez pode ser completa ou parcial (semi – nudez). Ninguém pode duvidar que a filmagem, fotografia etc., de uma mulher em trajes íntimos, sem sua autorização configura o tipo penal em questão, não havendo necessidade de que não esteja vestida com nenhuma peça de roupa. O caso concreto deverá ser analisado. Possivelmente uma pessoa de pijamas ou camisola comprida não servirá, mas um homem de cuecas ou uma mulher somente com calcinha parecem se enquadrar na previsão legal. Ademais, no caso do “upskirting” há que levar em conta que em certos casos a vítima poderá estar desprovida de roupas íntimas e então a nudez será realmente completa nas imagens, fotos ou registros obtidos.

No que diz respeito aos casos de exposição sensual ou de nudez de crianças e adolescentes, já se tem interpretado, inclusive o STJ, que quando o artigo 241 – E do ECA (Lei 8.069/90) se refere à exposição de órgãos genitais, estes podem estar recobertos ou totalmente em exibição, o que importa é o caráter de exploração da sensualidade. Parece óbvio que a exposição e uma menina trajando apenas calcinhas em circunstâncias insinuantes se adequa aos tipos penais do Estatuto. “Mutatis mutandis” parece que o mesmo entendimento, por interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, pode ser perfeitamente aplicável ao artigo 216-B, CP nos casos de “upskirting” e outras situações de registro de semi – nudez sensual.

Eis um trecho esclarecedor da decisão do STJ:

“A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance.

É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, **com enfoque nos órgãos genitais das vítimas - ainda que cobertos por peças de roupas** -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica” (grifo nosso) (STJ, RE 1.543.267/SC (2015/0169043-1), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.12.2015).

Ademais o significado de nudez é algo oscilante cultural, socialmente e na análise do caso concreto. Senão vejamos:

“A palavra nudez ou somente nu, também é correto dizer, diz-se do estado de uma pessoa não estar vestida. Por diversas vezes, faz referência ao estado de **desgaste, da pouca roupa, ou até mesmo das convenções ou regras de uma determinada cultura ou de uma determinada situação que tenha sido estabelecida (...)**.A nudez em algumas culturas ocidentais pode ser considerada erótica e em outro ponto é considerada como sendo um estado normal, ao qual não é atribuído qualquer sentimento ou qualquer emoção. Mesmo que exista muitas definições da palavra nudez, esta, na maioria das vezes, significa que o corpo não é coberto com roupas. (...) **a sua definição tem**

diferentes conotações que são subjetivas. A palavra nudez que tem sua origem etimológica no latim “nudus” é a tradução literal de alguém que está sem roupa. **Um estado de nudez completa, é aquele em que não existem pessoas vestidas com cobertura das partes do corpo mais íntimas,** ou seja, estão totalmente sem roupas. **Já a nudez parcial pode se referir a alguém vestido apenas com uma canga cobrindo os órgãos genitais.** Como exemplo da nudez parcial pode-se mencionar algumas tribos de índios, espalhados por algumas regiões do Brasil. No antigo Egito um ato de nudez feminina era considerado a maneira com que as mulheres exibiam seus cabelos naturais. (grifos nossos)” [12]

O Parágrafo Único do artigo 216 – B, CP prevê uma equiparação com a previsão de pena idêntica se ocorre “montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro”, incluindo pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Nesses casos, a vítima, na verdade, não se envolveu nas cenas realmente, mas foi prejudicada por uma contrafação, uma montagem, perfeitamente possível com os recursos técnicos hoje disponíveis. É o caso de obter uma imagem na internet, por exemplo, de uma modelo nua e nela colar o rosto de outra mulher. Não houvesse a previsão expressa do Parágrafo Único ora em estudo, certamente a conduta seria considerada atípica. No entanto, o legislador foi previdente.

Observe-se que no Parágrafo Único não há a ressalva de que a autorização da suposta vítima desconfigura a infração penal. Porém, é claro que se a pessoa permite esse tipo de montagem, abre mão de seu direito à intimidade ou vida privada e de sua imagem, que são direitos disponíveis, como já visto. Assim sendo, o crime do artigo 216-B, Parágrafo Único, CP, também se desnatura se há consentimento da aparente vítima. Isso não vale, por obviedade, se a vítima é criança ou adolescente, configurando-se o crime do artigo 241 – C, do ECA (Lei 8.069/90) por força do Princípio da Especialidade. Tanto no “caput” como no Parágrafo Único, também não servirá o suposto “consentimento” de pessoa vulnerável, embora não menor, desde que não tenha condições de emitir seu juízo (incapacidade de resistência por qualquer causa) ou seja deficiente mental sem

discernimento para o ato (situações de vulnerabilidade). Em sendo pessoas nessas condições, mas maiores de idade, o crime será mesmo o do artigo 216 – B, “caput”, CP ou seu Parágrafo Único, conforme o caso. Ocorre que o consentimento, mesmo de pessoas maiores, deve ser válido, livre, informado e consciente. Então, se alguém filma uma pessoa em estado de coma nua, comete o crime. Se fotografa um deficiente mental sem a menor compreensão do ato, também comete o mesmo crime. Não se configurará o chamado “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP) porque não se pode dizer que houve prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com a mera filmagem, fotografia, registro etc., existindo, ademais, tipo especial prevendo tal conduta.

Importante lembrança é feita por Leitão e Oliveira acerca de “*Fakenews e vídeo de sócia*”. Toma-se a liberdade de transcrever:

“Salienta-se que a divulgação de imagens de nudez ou de atos sexuais de pessoas sócias – através de mensagens ‘*fakenews*’, *informando se tratar de A, quando na verdade é B*, não estaria abarcado pelo tipo penal em comento. Afinal, não houve montagens em vídeo, fotografia, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Isso obviamente, não faz descartar a incidência de outras tipificações legais que se amoldem ao caso concreto”. [13]

Note-se que no caso de uso de sócias com a indicação falsa de que seria uma determinada pessoa em atos sexuais ou condição de nudez, haverá atipicidade relativa, ou seja, com relação ao crime do artigo 216 – B, CP, tendo em vista o Princípio da Legalidade Estrita. A conduta, infelizmente, não é prevista no tipo penal em questão, configurando a nosso ver uma desastrosa lacuna. Mas, não haverá atipicidade absoluta, pois pode haver configuração, por exemplo, de crimes contra a honra nessas circunstâncias. Ocorre que para que exista crime contra a honra ou qualquer outra tipificação subsidiária, será necessário que, além da filmagem, fotografia, áudio ou registro, o agente a disponibilize. No caso de somente proceder à montagem e guardar para si o fato será realmente absolutamente atípico.

Trata-se de um crime plurissubsistente, de modo que o “*iter criminis*” é fracionável, admitindo a figura da tentativa. Imagine um homem que está

escondido num armário de um banheiro para filmar uma mulher que está prestes a se desnudar para tomar banho. Mas, essa mulher percebe um barulho e descobre o infrator sem que este consiga fazer qualquer registro. O crime subsiste, mas em sua forma tentada.

O crime é comum, podendo ser perpetrado por qualquer pessoa, também pode ter por vítima qualquer pessoa, inclusive de qualquer sexo, chegando a falar Cunha em um "crime bicomum". [14] O fato de que a Lei 13.772/18 se refira à violência contra a mulher em nada altera a dicção sem restrições do tipo penal nela criado, de forma que não se trata de um crime que somente tutele as mulheres. Aliás, isso seria uma infração ao princípio da igualdade e configuraria insuficiência protetiva evidente.

A infração penal é unissubjetiva, podendo ser praticada por uma ou mais pessoas, ou seja, o concurso não é necessário, mas somente eventual. Quanto aos sujeitos passivos, a lei se refere a "participantes" no plural. Entretanto, isso não impede que uma única pessoa seja vitimizada. Não há exigência de pluralidade de vítimas para configuração do delito. [15] Aqui a lei disse menos do que queria ao utilizar o plural ("lex minus dixit quam voluit"). Fenômeno semelhante ocorre com o crime de "Bigamia" (artigo 235, CP). Embora o "nomen juris" use o prefixo "bi" que tem significado de "dois", é claro e evidente que se o indivíduo se casa com três, quatro ou mais pessoas, lesando seus interesses, também responde normalmente pelo crime de "Bigamia". No caso do artigo 216-B, CP apenas mudam os vetores da situação, a lei utiliza o plural, mas a vítima pode ser singular, enquanto na "Bigamia" a ideia seria de apenas duas pessoas lesadas, mas podem ser mais.

Trata-se de crime doloso, sendo atípica a conduta eventualmente culposa. O dolo é genérico, pois o tipo penal não exige especial fim de agir do autor.

A previsão da sanção penal para a conduta ora em estudo parece bastante tímida ("detenção, de 6 meses a 1 ano, e multa"). A infração é, portanto, de menor potencial ofensivo, sendo abrangida pela Lei 9.099/95, a não ser que seja perpetrada em circunstância de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41 c/c 5º, I, II ou III e 7º, II (violação da intimidade) da Lei 11.340/06). Acontece que a Lei Maria da Penha impede (artigo 41) a aplicação das normas da Lei 9099/95 para os casos por ela tratados. Não nos parece que esse tipo de

conduta devesse ser elencado como infração de menor potencial, seja em que caso for, seja quem for a vítima ou a circunstância. A violação da intimidade, da vida privada e da imagem são muito graves para um tratamento tão brando.

Já foi visto que o crime do artigo 216 – B, CP se diferencia do artigo 218 – C, CP porque no segundo não há o simples registro, mas a divulgação da cena ou imagem. Cabe dirimir a dúvida quanto ao caso em que o mesmo agente, nas mesmas circunstâncias, fizer a captação sorrateira das imagens, fotos etc. e, em seguida, sua divulgação. Tendo em vista que o bem jurídico tutelado é o mesmo, qual seja, a dignidade sexual da vítima, e que o crime do artigo 216 – B, CP é infração de menor potencial ofensivo, entende-se que o artigo 218 –C, CP absorverá o artigo 216-B, CP como “crime – meio”. Para Cunha, porém, quando o mesmo agente faz o registro e a posterior divulgação “deve responder pelos crimes dos arts. 216 – B e 218 – C em concurso material”. [\[16\]](#)

Entende-se, respeitosamente, não assistir razão à tese do concurso material sempre que houver conexão teleológica entre a captação das imagens e a sua divulgação. Por exemplo: se um indivíduo filma uma pessoa em ato sexual, exatamente com a finalidade de divulgar tais cenas na rede mundial, há conexão teleológica, ou seja, relação de meio e fim. O crime – meio (menor) deve ser absorvido pelo crime – fim (maior), mesmo porque, como já dito, se versa sobre o mesmo bem jurídico, mesmas circunstâncias e mesma vítima.

Doutra banda, é claro que se não houver conexão teleológica, relação de meio e fim entre os crimes dos artigos 216 – B e 218-C, CP, será o caso de concurso material realmente. Exemplificando: digamos que um indivíduo filma uma mulher nua e guarda consigo essas cenas. Depois fotografa outra mulher e um homem em ato sexual e divulga tais cenas na internet. Ora, houve dois crimes independentes, praticados mediante duas ações, sendo o caso de concurso material. Não há conexão teleológica, não há relação de meio e fim. No máximo, há uma conexão ocasional, que não é suficiente para convolar o concurso material em consunção ou absorção.

A ação penal é pública incondicionada. Leitão e Oliveira chamam a atenção para o fato de que a Lei 13.718/18 converteu a ação penal de todos os crimes contra a dignidade sexual em pública incondicionada (artigo 225, CP). Não obstante, a Lei 13.772/18, ao criar o novo Capítulo I – A, olvidou de acrescentar

sua menção no artigo 225, CP, que trata da ação penal e somente se refere aos então existentes à época de sua redação pela Lei 13.718/18, Capítulos I e II. Essa falha, contudo, não prejudica a conclusão pela ação penal pública incondicionada, na medida em que não consta no Capítulo I –A, em qualquer parte do artigo 216 – B, CP que ação seja privada ou pública condicionada. Então, cabe a aplicação da regra geral do Código Penal que estabelece que no silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada (inteligência do artigo 100, CP). [\[17\]](#)

Tratando-se de “novatio legis” incriminadora, o artigo 216-B, CP não se aplica a casos pretéritos, somente valendo para casos ocorridos após a publicação da Lei 13.772/18.

4-CONCLUSÃO

No decorrer deste texto foi estudada a Lei 13.772/18. Verificou-se que houve a criação, na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Pena) de mais uma modalidade expressa de violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa nova modalidade se estabeleceu como forma de “violência psicológica” no artigo 7º., II, da Lei 11.340/06, consistindo na “violação da intimidade”.

A maior discussão a respeito se refere ao alcance dessa violação que poderia restringir-se ao aspecto sexual ou ampliar-se para quaisquer atingimentos da intimidade. Entendeu-se que, por interpretação sistemática da Lei 13.772/18, a intimidade visada no dispositivo é aquela sexual. Outras violações de intimidade, podem ser abrangidas no próprio artigo 7º., II, da Lei Maria da Pena em outras figuras ali existentes ou mesmo no seu “caput” que promove abertura para interpretação analógica. A depender do caso, também é possível vislumbrar “violência moral”, nos termos do artigo 7º., V, da Lei 11.340/06.

Em seguida foi procedido ao estudo do novo crime de “Registro não autorizado da intimidade sexual” (artigo 216 – B, CP). Foram expostos o tipo objetivo e todos os demais elementos e respectivas discussões, bem como lacunas legais. Fato é que o novo artigo 216 –B, CP complementa a criminalização da conduta de quem registra por qualquer meio ato sexual ou de nudez sem a autorização da vítima, fato este até então atípico, pois que o artigo 218-C, CP, criado pela Lei 13.718/18 somente previa a divulgação.

5-REFERÊNCIAS

ARRUDA, JOÃO. Projeto de Lei 555/13. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C1DBF8B5B9AF351341B27D7A38AE07D.proposicoesWebExterno1?codteor=1087309&filename=Tramitacao-PL+5555/2013 , acesso em 17.01.2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*. 3ª. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual). Disponível em www.meusitejuridico.com.br , acesso em 17.01.2019.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. Comentários à Lei 13.772 de 2018 – O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216 – B do Código Penal Brasileiro. Disponível em www.amdepol.org , acesso em 16.01.2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.

O QUE é nudez? Disponível em <https://oquee.com/nudez/> , acesso em 17.01.2019.

ROSSONI, Caroline, BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise do caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo%20Cabette/Downloads/11672-3830-2-PB.pdf> , acesso em 17.01.2019.

NOTA:

[1] O único crime hoje previsto na Lei 11.340/06, o qual não a integrava originalmente, mas foi ali incluso pela Lei 13.641/18, é o de "Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência" (artigo 24 – A da Lei 11.340/06), que nada mais

é que um tipo especial de crime de desobediência, portanto, contra a administração da justiça.

[2] LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de. Comentários à Lei 13.772 de 2018 – O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216 – B do Código Penal Brasileiro. Disponível em www.amdepol.org, acesso em 16.01.2019.

[3] Op. Cit.

[4] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 128.

[5] ARRUDA, JOÃO. Projeto de Lei 555/13. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C1DBF8B5B9AF351341B27D7A38AE07D.proposicoesWebExterno1?codteor=1087309&filename=Tramitacao-PL+5555/2013, acesso em 17.01.2019.

[6] É claro que nos crimes do ECA não importa em nada o consentimento das crianças ou adolescentes.

[7] ROSSONI, Caroline, BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise do caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo%20Cabette/Downloads/11672-3830-2-PB.pdf>, acesso em 17.01.2019.

[8] Aquilo que é objeto de comentário popular.

[9] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*. 3ª. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 34 – 35.

[10] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 873.

[11] LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. Cit.

[12] O QUE é nudez? Disponível em <https://oquee.com/nudez/>, acesso em 17.01.2019.

[13] LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. Cit.

[14] CUNHA, Rogério Sanches. Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual). Disponível em www.meusitejuridico.com.br , acesso em 17.01.2019.

[15] Neste sentido: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. Cit., secundando CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

[16] CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit. No mesmo sentido, inclusive citando o entendimento advogado por Cunha: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. Cit.

[17] Cf. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, OLIVEIRA, Marcel Gomes de, Op. Cit.

A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS - ANÁLISE CRÍTICA DA RECLAMAÇÃO N. 2.138/DF DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DANIEL DAL PONT ADRIANO: Pós-graduado em Direito Constitucional - Anhanguera Uniderp e Bacharel em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: Nos tempos modernos, a forma mais eficaz de repreender as atividades desonestas dos agentes públicos e dos particulares concorrentes para a ilegalidade é a incidência indistinta das sanções cíveis da Lei de Improbidade Administrativa. Auxiliada pelo diploma penal que tutela os crimes contra a Administração, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é um meio eficiente no combate a corrupção, seja a malversação perpetrada nos mais altos níveis dos escalões governamentais ou pelos servidores públicos integrantes dos mais baixos cargos da carreira pública. Publicada em 1992, a Lei de Improbidade, mais precisamente no ano de 2002, teve seu primeiro grande desafio: o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal, o qual se decidiu pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos, conferindo, por si só, extensão de foro especial por prerrogativa de função, imunidade inconstitucional e privilégios aos integrantes dos mais altos cargos políticos nacionais. Esta tese arguida e vencedora no Plenário da Suprema Corte brasileira foi rechaçada pela maioria dos tribunais pátrios, sendo inutilizada por muitos, raramente encontrando amparo na doutrina nacional, ante sua flagrante ilegalidade.

Palavras-chave: improbidade administrativa; agentes políticos; ação civil pública.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 3. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 4. A APLICAÇÃO DOS DITAMES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS. 4.1. Do conceito de agente político. 4.2 A problemática criada em decorrência da decisão proferida pela maioria – apertada – na Reclamação n. 2.138/DF. 4.3. A possibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos. 4.3.1 Votos divergentes dos Ministros da Suprema Corte na ocasião do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF. 4.3.2 O entendimento dos tribunais

pátrios. 4.3.3 Doutrina convergente aos votos vencidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira acompanha os contínuos e recentes escândalos envolvendo administradores públicos, sejam por licitações supervalorizadas ou servidores fantasmas. Desacreditados, muitos se questionam se realmente aqueles que lesam a administração pública são efetivamente punidos.

Existe uma grande dificuldade em tutelar o patrimônio público estatal, diante da sua complexidade de bens e multiplicidade de atos administrativos. Diante disto, ilegalidades surgem desde os desertos municípios deste país aos maiores escalões da política nacional, onde agentes públicos e políticos utilizam o maquinário público em proveito particular. Com isso, além de ilícito enriquecimento, violam-se os princípios basilares da Administração, devendo responder os desonestos pela prática de seus atos.

Em 1992 editou-se a Lei de Improbidade Administrativa, a qual demorou a se firmar perante os tribunais pátrios, em virtude do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal, iniciado em 2002 e finalizado somente em 2007.

O referido julgado foi de encontro aos anseios e reivindicações sociais da época - e também dos atuais -, uma vez que concedeu nítido privilégio aos agentes políticos, estendendo-se o foro especial por prerrogativa de função em matéria criminal às demandas cíveis condenatórias por ato de improbidade administrativa.

Isso se operou, basicamente, por se entender que qualquer ato que atentasse à probidade administrativa seria um crime de responsabilidade, sendo o Supremo Tribunal Federal a órgão jurisdicional competente para julgar o Ministro de Estado, em tese, desonesto, evitando-se assim, o repudiável *bis in idem*.

O presente estudo visa defender a natureza cível da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, por meio da jurisprudência e da doutrina

majoritária que defendem a aplicabilidade da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos, indistintamente.

Nesse diapasão, abordar-se-á a *quaestio*, minuciosamente, por meio da análise detalhada dos votos dos Ministros da Corte Suprema, as razões que levaram a se decidir pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Muito se debaterá acerca da decisão, defendendo-se a aplicação da norma a todos os agentes políticos, sem qualquer imunidade ou privilégio, em posição divergente ao julgado do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, se utilizará os votos dos Ministros divergentes da tese vencedora, bem como o entendimento dos demais tribunais pátrios (Superior Tribunal de Justiça, de indícios do próprio Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina), bem como a imensa maioria da doutrina que se posicionou contra a decisão proferida pela Suprema Corte.

2. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O conceito mais adequado e defendido pela doutrina para improbidade administrativa consiste na violação de um dever jurídico de zelo, de cuidado, de honestidade perante a coisa pública, revestindo o agente público ou particular concorrente de desonestidade, de corrupção, de malversação, de imoralidade e de torpeza, agindo em contrariedade aos ditames, costumes, preceitos e normas éticas amplamente aceitas perante a sociedade moderna (GARCIA e ALVES, 2011, OLIVEIRA, 2009 e RIZZARDO, 2012).

Nessa trilha, Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 113) a conceitua como:

Improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas [...] significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de

qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.

Inquestionável que, atualmente, a Lei de Improbidade Administrativa tem aplicabilidade fundamental na defesa dos direitos e interesses da Administração Pública, especialmente nos casos de enriquecimento ilícito à custa do erário, da lesão evidente ao patrimônio público ou a malversação dos princípios norteadores da atividade estatal.

Nessa vertente, defende a norma Bezerra Filho (2012, p. 29):

É preciso, pois, que esta Lei de Improbidade, fato relevante que traduz o maior avanço para o banimento dessas condutas ilícitas, seja efetivamente um instrumento de eficaz aplicação em defesa do zelo do patrimônio popular e da fidelidade ao respeito às normas regedoras do serviço público.

A improbidade administrativa é, na verdade, um mal cuja vítima é a sociedade, principalmente os que estão abaixo da linha da classe média inferior.

Infelizmente, nem sempre foi assim. Tempos depois da publicação da norma, houve grande controvérsia acerca de sua aplicabilidade aos agentes políticos, aqueles detentores de cargos de alta chefia e grande poder de decisão, já que a Constituição Federal reserva a eles foro especial por prerrogativa de função^[1] para o processamento e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade.

Nasceram as controvérsias no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, porquanto se alegou que as sanções dispostas na Lei de Improbidade possuiriam conteúdo penal ou político, uma vez que dentre elas se incluíam a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sanções estas político-administrativas que não poderiam ser aplicadas pelos magistrados de primeira instância em virtude da prerrogativa de foro especial.

Como se verá adiante, a dúvida pairou durante longos anos no Supremo Tribunal Federal, restringindo a atuação do Ministério Público, bem como conferindo certa imunidade aos agentes políticos. Ao final, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por seis votos a cinco, que o diploma repressor da improbidade não deveria ser aplicado aos agentes políticos.

3. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Comumente empregada no sistema jurídico nacional, a Lei de Improbidade Administrativa preceitua a independência das responsabilidades administrativa, cível e penal. Contudo, impende lembrar que no julgamento criminal, caso o réu seja absolvido por inexistência material do fato ou negativa de autoria, não cabe a ação cível ou administrativa por responsabilidade concernente ao fato absolvido.

Dito isto, a própria Constituição Federal^[2] disciplina as sanções correspondentes aos atos de improbidade administrativa, ressaltando que a responsabilização também poderá ser auferida no juízo criminal.

De acordo com o disposto na Carta Maior, "*revela-se a vontade do constituinte originário no sentido de instituir uma via de julgamento adequada para o ato de improbidade administrativa, sem vinculação com outras instâncias ordinárias (penal ou político-administrativa)*" (SOBRANE, 2010, p. 111).

Em consonância ao preceito constitucional, o artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 colaciona as penalidades resultantes do ato de improbidade, novamente ressaltando que as sanções cíveis, penais ou administrativas são independentes entre si, visto que "*não poderia dispor de outra forma*" em razão do texto constitucional (SOBRANE, 2010, p. 112).

Para Gomes Junior e Favreto (2011, p. 173) o artigo 12 da referida norma emprega um critério utilizado no sistema jurídico nacional da independência entre as esferas das responsabilidades penais, civis e administrativas, não havendo qualquer *bis in idem* em função da responsabilização conjunta.

Sobrane (2010) afirma que é fundamental a diferenciação da natureza da ação de improbidade – se civil ou se penal – para a sua correta aplicação e adequação aos preceitos processuais, bem como para a avaliação do seu conteúdo material.

Não caberia, portanto, a interpretação da norma de improbidade administrativa perante o juízo criminal ou nas instâncias extrajudiciais da Administração. Em contrapartida, leciona Sobrane (2010, p. 112) a permissão para a independência da sanção cível, consoante artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa:

A disposição legal direciona para uma via jurisdicional autônoma e exclusiva para o sancionamento do ato ímprobo, em particular quando destaca que as sanções previstas na Lei são independentes das sanções civis.

É perceptível, no entanto, que o legislador não criou uma instancia jurisdicional específica para a *ação de improbidade administrativa*. Na realidade, quis ressaltar e deixar claro que o sancionamento do agente público autor do ato de improbidade administrativa não deve se limitar às sanções de natureza penal, civil e administrativa, ordinariamente previstas. Além destas, pretende o comando legal a punição do agente com a aplicação das sanções instituídas pela Lei n. 8.429/92, que serão aplicadas por invocação da jurisdição civil, ante a sua natureza não penal.

Destarte, a ação civil pública intentada pelo Ministério Público ou pelo ente jurídico administrativo lesado^[3] pelo ato possui iminentemente caráter cível, fazendo-se menção ao *nomen iuris* da *actio*, podendo correr, ao mesmo passo, a ação criminal correspondente e o processo administrativo disciplinar no âmbito interno do órgão lesado.

Nesta linha é o entendimento de Ruy Nestor Bastos Mello (2011, p. 184):

A natureza das sanções é de matéria cível, distinta, portanto, da concepção de pena do direito criminal, muito embora seja importante a utilização de princípios e regras desse ramo do direito em que já existe consolidado um sistema de garantias aos cidadãos para a ocorrência de adequada e justa punição.

Eventuais dúvidas acerca da natureza administrativa das sanções da lei são dirimidas por Garcia e Alves (2011, p. 509):

[...] podemos concluir que o ilícito de improbidade administrativa não tem natureza administrativa e suas sanções não são administrativas. Pelo contrário, ostentam características de natureza cível, resultando em restrições na esfera jurídica do ímprobo a partir de uma metodologia de igual natureza: juiz com competência cível, utilizando o Código de Processo Civil, ressalvadas, obviamente, as singularidades da Lei nº 8.429/1992, aplica determinadas sanções com observância das garantias prevalentes nessa seara e com o necessário influxo do direito penal, forte mor do direito sancionador.

Referendando o tema, Rizzardo (2012, p. 367) esclarece:

Sem dúvida, a ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação civil pública, já que a defesa visada com a sua utilização tem em vista interesses transindividuais, de cunho difuso, como decorre especialmente do inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Ministério Público promover a ação para a tutela de uma gama de interesses públicos, nos quais se incluem os de defesa do patrimônio dos entes estatais.

Assim, portanto, permite-se inferir que a doutrina defende o caráter cível da Lei de Improbidade Administrativa, da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa e de suas respectivas sanções (ressalvados os casos de sanções políticas, como a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública).

Conserva-se nitidamente o caráter cível da norma, devendo-se aplicá-la indistintamente aos agentes públicos, inclusive aos políticos, desde os primeiros graus de jurisdição, ante a inexistência de foro especial por prerrogativa de função em matéria cível, não possuindo qualquer reserva criminal nas sanções dispostas e inexistindo qualquer suspeita de ilegalidade da norma, ante sua eficiência no combate à corrupção.

4. A APLICAÇÃO DOS DITAMES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

AOS AGENTES POLÍTICOS

4.1. Do conceito de agente político

A expressão agente público para a Lei de Improbidade Administrativa deve ser considerada em gênero da qual emanam diversas espécies^[4], podendo ser divididas, segundo Garcia e Alves (2011) em três categorias, a saber: agentes particulares concorrentes, os servidores públicos *latu sensu* e os agentes políticos.

Especificamente em relação ao objeto do estudo, o diploma contra a improbidade administrativa abarca a punição aos agentes políticos, definidos por Meirelles (2010, p. 77), como *"os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições [...] estabelecidas pela Constituição e em leis especiais"*.

Estamos diante, portanto, dos Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados, Prefeitos Municipais), dos Ministros e Secretários de Estados e Municípios, dos membros do Poder Legislativo (Deputados, Senadores, Vereadores), dos membros do Poder Judiciário (magistrados), membros do Ministério Público (Promotores e Procuradores de Justiça), membros dos Tribunais de Contas (ministros e conselheiros) (MEIRELLES, 2010).

Diante da existência de foro especial por prerrogativa de função estabelecida pela Constituição Federal, em seus artigos 52 e 102 e em virtude da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-lei n. 201/1967, que tratam dos crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos, advieram juntamente com as primeiras ações de improbidade administrativa a controvérsia a respeito da aplicabilidade ou não da lei aos agentes políticos.

4.2 A problemática criada em decorrência da decisão proferida pela maioria – apertada – na Reclamação n. 2.138/DF

O cerne da questão adveio da propositura da Ação de Improbidade Administrativa em face de Ronaldo Mota Sardemberg, à época Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal objetivando a condenação do agente político nas sanções previstas na Lei n. 8.429/92 e na Constituição da República, porquanto o Ministro – supostamente – utilizava aviões da Força Aérea Brasileira – FAB para transporte particular e de terceiros, sem qualquer vinculação às atividades funcionais, para férias em Fernando de Noronha, por exemplo.

Ocorre que a União interveio no feito alegando que o juízo de primeira instância não seria competente para processar e julgar o Ministro, considerando a existência do foro especial por prerrogativa de função em matéria criminal no Supremo Tribunal Federal, disposta no artigo 102, inciso I, *alínea "c"* da Constituição da República.

O Ministério Público Federal, atuando como *custos iuris* no Pretório *Excelso*, manifestou-se pela procedência da demanda e conseguinte extinção do processo sem resolução de mérito, sustentando suas razões " *de que não se pode processar o agente político com base exclusivamente na Lei nº 8.429/92. O regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c da Carta Magna e disciplinado pela Lei n. 1.079, de 1950 é que se dessume coerente com o nosso sistema constitucional*".

A controvérsia acerca da aplicabilidade ou não da LIA aos agentes políticos nasceu neste momento, porquanto se entendia que as sanções previstas na Carta Maior e na Lei de Improbidade possuíam núcleo político-penal, especialmente nas sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, confundindo-se com os crimes de responsabilidade dispostos na própria Constituição e na legislação penal extravagante.

A dúvida aportou no Supremo Tribunal Federal em 2002 para o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, se alastrando por longos cinco anos e originando um resultado desfavorável a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar da doutrina majoritária e a jurisprudência entenderem que a Lei de Improbidade se aplica aos agentes políticos, a decisão pela procedência da Reclamação n. 2.138/DF dificultou a ação do Ministério Público no resguardo ao patrimônio público, sendo inúmeras ações de improbidade, à época, julgadas improcedentes ou extintas sem a resolução de mérito, todas baseadas na decisão do Supremo.

Garcia e Alves (2011, p. 514) sintetizam o objeto da Reclamação:

Essa interessante linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se que: (1) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado, que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou competência do Tribunal.

Consoante disposto no artigo 102, inciso I, *alínea "c"* da Constituição da República, cabe ao Pretório Excelso processar e julgar, originariamente, infrações penais comuns e crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado.

Apesar da Lei de Improbidade transparecer que sua característica predominante é cível, possuindo sanções (e não penas) civis para as condutas na Lei colacionadas, a Reclamação teve por objetivo atrair a competência originária da ação de improbidade ao Supremo Tribunal Federal, estendendo os efeitos do dispositivo constitucional.

Desta forma, decidindo-se pelo deslocamento da competência para a Corte Constitucional, nasceria o cerne da questão. Se o fato praticado pelo Ministro de Estado é tipificado como delito de responsabilidade, não haveria motivo legal para puni-lo, por duas vezes pelo mesmo fato, caracterizando o odioso *bis in idem*.

O Ministro Relator Nelson Jobim em seu voto inaugural contrário à aplicação do diploma aos agentes políticos, cita o também Ministro Gilmar Mendes e Arnold Wald[5]:

Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa 'ação civil de improbidade' somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da 'ação civil de improbidade', o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, 'teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns' [6].

Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, 'crimes de responsabilidade', então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra MINISTROS DE ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores (CF, art. 102, I "c").

Conduzindo seu voto, o Ministro Relator cita o também Ministro Humberto Gomes de Barros:

Parece-me, [...] que a ação tem como origem atos de improbidade que geral responsabilidade de natureza civil, qual seja, aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do Direito Civil. A circunstância de a lei denomina-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais. É muito comum existir o dispositivo de natureza em leis penais e vice-versa.

Por entender que os agentes ocupantes dos mais altos escalões decisórios governamentais possuem responsabilidades maiores às dos agentes públicos celetistas ou estatutários, o eminente Relator interpreta que a Constituição Federal define o regime pelo qual os agentes políticos são regidos. Assim, os Ministros de Estado estariam destinados somente ao julgamento perante a Lei n. 1.079/1950,

porquanto não haveria " *dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, [...] são delitos político-administrativos*". Linhas adiante afirma que " *entendo que, aos MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam às regras comuns da lei de improbidade*".

Em síntese, portanto, o Ministro Relator entendeu que " *a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade*" e que " *seria inconsistente e, por isso, implosivo para o sistema, outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com ameaça da perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo*", não havendo como se aceitar o *bis in idem* que se praticou em detrimento da Suprema Corte.

Acompanharam o voto do Ministro Relator os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Graice, Maurício Correa e Ilmar Galvão.

Após pedido de vista, que perdurou por três anos, o Ministro Carlos Velloso inaugurou divergência e acendeu a apagada chama no combate a corrupção dos mais altos níveis, arguindo a possibilidade da aplicação da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos, indistintamente.

Já o Ministro Cezar Peluso concordou com o voto do Ministro Relator. Com seis votos procedentes e um contra, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos, encerrando o julgamento no ano de 2005.

Em 13 de junho de 2007 a Reclamação voltou à pauta do Plenário, com a manifestação dos Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence pela improcedência da demanda.

4.3. A possibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos

4.3.1 Votos divergentes dos Ministros da Suprema Corte na ocasião do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF.

Em seu voto favorável a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, o Ministro Carlos Velloso esclarece que a Lei de Improbidade Administrativa é reflexo do texto do artigo 37, §4º da CF, sendo possível a cassação

de direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 15, V da CF). No enfoque do Ministro, a Lei de Improbidade Administrativa instrumentaliza a realização do princípio da moralidade administrativa, devendo-se conferir máxima eficiência a referida norma.

Prosseguindo seu voto, o Ministro Carlos Velloso arremata:

E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público, certo que 'reputa-se como agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior' (Lei 8.429/92, art. 2º)". (grifou-se)

Adverte, todavia, que a aplicação aos agentes políticos faz-se, em certos casos, com restrições. Isto porque, citando o exemplo do Presidente da República, as sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública não podem ser aplicadas, tendo em vista o trâmite especial de *impeachment*, previsto no artigo 86 da Carta Maior.

Ainda, propõe o resgate do senso de justiça adormecido perante a sociedade, porquanto afirma que "*isentar os agentes políticos da ação de improbidade seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe*". Adiante, eleva seu discurso a um grau de conscientização sobre o combate a corrupção, certificando que "*o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar máxima eficácia à Lei de improbidade*".

O Ministro Joaquim Barbosa ratifica os argumentos lançados pelo Ministro Carlos Velloso:

Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro

lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

[...]

É bom lembrar, a propósito, como bem mostra Eduardo Fortunato Bim, em brilhante artigo que me chegou às mãos, que 'nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente' (crimes comuns *versus* crimes de responsabilidade ou políticos). Esta duplicidade de sanções resultante da duplicidade de regimes de responsabilização é facilmente demonstrável, segundo Bim. Diz ele: nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e eventualmente dos ministros de Estado, se conexos com os daquele, 'a condenação se limite à perda do cargo e à inabilitação por oito anos para o exercício da função pública', mas **'sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis'** (CF, art. 52, parágrafo único).

[...]

Essa mesma duplicidade de responsabilização pode ser encontrada nas normas infraconstitucionais relativas à responsabilização dos servidores públicos, que se submetem concomitantemente à responsabilização administrativa (lei 8.112/1990, art. 124), à responsabilização penal (CP, art. 312 e seguintes) e à responsabilização civil, esta nas hipóteses em que causarem danos a terceiros e forem condenados a assumir os respectivos ônus em ação regressiva. É nessa mesma direção que aponta o art. 12 da lei de improbidade administrativa, ao dispor claramente o seguinte: *"independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes sanções"*.

[...]

Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado.

Ainda, o Ministro Joaquim Barbosa afirma que caso prevaleça a maioria até então formada, ocorrerá gigantesco retrocesso social e institucional, o que acarretaria a *"morte prematura"* da lei de improbidade.

Claro e objetivo, o Ministro Celso de Mello diverge do Relator, afirmando que *"nem se diga, ainda, Senhora Presidente, que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa revestem-se de natureza penal"*, devendo-se, contudo, respeitar os trâmites burocráticos e constitucionais de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos (com destaques no original).

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou os votos divergentes, ressaltando que a perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos *"só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade"*, a fim de evitar decisões liminares que decretassem a perda do cargo de Presidente da República, por exemplo.

Supremo decidiu, por maioria mínima dos votos, que os agentes políticos não estariam sob a égide da responsabilização pertinente a Lei de Improbidade Administrativa, respondendo unicamente pelos crimes de responsabilidade dispostos na legislação especial.

Em verdade, reconheceu-se a extensão do foro especial por prerrogativa de função (art. 102 da CF) às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, em contrariedade ao disposto na própria Constituição e da legislação extravagante.

Contudo, indícios sustentam a posição de que o entendimento modificou-se com a nova composição do STF, conforme a decisão da Questão de Ordem em Petição n. 3923/SP:

[...] As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputados a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

[...]

Aliás, tal incongruência não escapou à arguta observação feita pelo Ministro Pertence, se não me engano, no julgamento da RCL 2.138, quando S. Exa assim se manifestou:

“... Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade só o estão enquanto no exercício do mandato ou cargo referidos. *Quid juris?* Não responderiam por improbidade administrativa praticada no cargo, se já cessada essa investidura? Como explicar que, aos agentes políticos de maior hierarquia, exatamente os que respondem pelos impropriamente chamados crimes de responsabilidade – corretamente chamados, no Decreto-Lei nº 201, de ‘infrações político-administrativas’, precisamente para distinguir dos verdadeiros crimes de responsabilidade, que são os do art. 2º daquele edito -, teriam uma sanção, pela improbidade administrativa, muito mais branda: se no

exercício do mandato ou do cargo, a perda do cargo e mais oito anos de impedimento para o exercício de funções públicas, e não para a suspensão dos direitos políticos”.

(...)

“O juiz de primeiro grau pode, sim, conduzir ação de improbidade contra autoridades detentoras de prerrogativa de foro”. (grifou-se).

Nessa *actio*, o então Deputado Federal Paulo Maluf foi condenado por improbidade administrativa pelo magistrado *a quo*, determinando o envio dos autos àquele juízo para a execução das sanções impostas.

Dessa forma, parece confortável afirmar que o entendimento do Supremo já se molda, garantindo a aplicabilidade da ação de improbidade aos agentes políticos de qualquer natureza.

Na mesma esteira, a jurisprudência dos tribunais brasileiros, assim como a imensa maioria da doutrina admitem, com as devidas ressalvas explicadas pelos Ministros quanto à imposição das sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, a incidência indistinta da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos.

4.3.2 O entendimento dos tribunais pátrios

Apesar da decisão final da Suprema Corte, o entendimento dos demais tribunais pátrios divergiu. Garcia e Alves (2011, p. 514) argumentam que “a tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina e nenhuma adesão na jurisprudência”.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no “sentido de que aplicável a Lei de Improbidade no caso dos Prefeitos Municipais (...)”^[7] e, portanto, cabível aos demais agentes políticos.

Nesse tribunal resta-se assentado o entendimento que a Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme decidido pela Corte Especial, no julgamento da Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4/3/10, a Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. [...]

(AgRg no AREsp 116979/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 19/04/2013) (**grifou-se**).

Descabe qualquer interpretação imunológica aos agentes políticos no âmbito da improbidade administrativa, sejam eles integrantes dos Poderes Federais, Estaduais ou Municipais, estando definida, pelo menos por ora, a controvérsia fixada nos primeiros anos de vida da Lei de Improbidade Administrativa.

Em verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2/DF, em desfavor dos dispositivos acrescidos no Código de Processo Penal (os parágrafos do artigo 84), considerou que a ação de improbidade administrativa possuiria natureza civil e, desta forma, não atrairia o foro especial por prerrogativa de função.

No mesmo norte, em recente julgado, a Suprema Corte decidiu^[8]:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL – [...] AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes.

Idêntico entendimento possui o Tribunal de Justiça de Santa Catarina[9]:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – [...] AGENTE POLÍTICO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO COM BASE NA RECLAMAÇÃO N. 2.138 DO STF – SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI N. 201/67 E 8.429/92 - APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PENALIDADES DE NATUREZAS DISTINTAS - CARÊNCIA DE ACÇÃO INOCORRENTE - REFORMA DA DECISÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO PELA INSTÂNCIA SUPERIOR - POSSIBILIDADE - ARTIGO 515, § 3º, DO CPC - IMPROCEDÊNCIA - REPASSE DE VALORES LÍCITO - TRANSFERÊNCIA EFETIVADA ANTES DO PERÍODO VEDADO - OBRIGAÇÃO FORMAL PREEXISTENTE - CRONOGRAMA PREFIXADO - OBRAS INICIADAS – AFRONTA À LEI NÃO DEMONSTRADA - APELO DESPROVIDO.

"Os agentes políticos são passíveis de punição pela prática dos atos definidos na Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo das sanções previstas para a eventual prática de delitos de responsabilidade" (Ap. Cív. n. 2008.001066-5, de Itaiópolis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 16.12.2008).

Do corpo da decisão é possível extrair que "não obstante a controversa decisão proferida na referida Reclamação n. 2.138 [...], é pacífico neste Pretório estadual que aos agentes políticos se aplicam as penalidades da Lei n. 8.429/92, porque a sua natureza é distinta da natureza das penalidades previstas na Lei n. 1.079/50 e no Decreto-Lei n. 201/67 [...]". Cita, ainda, os precedentes da Corte catarinense[10], atentando que desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, o

Tribunal de Justiça de Santa Catarina orienta-se diversamente, entendendo que os atos previstos na lei dos crimes de responsabilidade e na lei de improbidade administrativa, podem acarretar, concomitantemente, responsabilização penal e cível, inexistindo qualquer repudiável *bis in idem* em obediência ao sistema de independência das sanções cíveis, penais e administrativas impostas ao mesmo fato.

Sendo assim, depreende-se que apesar da decisão contrária aos mandos da Lei de Improbidade proferida pela Corte Suprema, alguns Tribunais estaduais continuaram aplicando-a aos agentes políticos, pautando suas razões na supremacia do interesse público e no interminável combate à corrupção, buscando o senso de justiça adormecido na população, principalmente quando se trata de impunidade aos integrantes dos mais altos escalões do cenário político nacional.

4.3.3 Doutrina convergente aos votos vencidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

A decisão proferida na Reclamação n. 2.138/DF fora criticada pela doutrina, em virtude do julgado ser *contra legem*, Garcia e Alves (2011) afirmam que foi um *marco negro* na história do Supremo Tribunal Federal.

Nessa toada, "Com o devido respeito aos seus membros, desacertada a decisão da Corte Maior, no julgamento da Reclamação nº 2.138-DF, em vista da inconstitucional assimilação entre *ato ímprobo* e *crime de responsabilidade* praticado por agentes políticos, no caso específico, Ministro de Estado". (PIMENTA OLIVEIRA, 2009, p. 425). Expondo suas razões, o doutrinador afirma que "*inexiste no sistema republicano adotado pela Constituição Federal nenhuma restrição à categoria de agente público que possa ser retirado do campo de incidência do regime sancionatório civil. A regra do artigo 37, §4º não contém nenhum elemento autorizatório de qualquer redução do seu raio de alcance subjetivo*" (p. 425).

Dessa feita, retirar a possibilidade de condenar o agente político por ato de improbidade administrativa seria um desconhecer do sentido da norma disposta no artigo 37 e também no artigo 85 (que define os crimes de responsabilidade), jamais podendo servir de imunidade constitucional, como se fez entender no julgamento da Reclamação (PIMENTA OLIVEIRA, 2009).

Seria um verdadeiro privilégio estender o foro especial por prerrogativa de função à ação civil pública de improbidade administrativa. Isto porque uma das razões expostas pelos Ministros que não caberia a Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos pela relevância das funções que ocupam, estando sujeitos aos maiores graus decisórios da nação. Pimenta Oliveira (2009, p. 426) aduz que "*esta 'nobreza' de funções, para fins de isenção jurídica de responsabilidade, é consentânea com alicerces de regimes políticos monárquicos, não republicanos*", porquanto, em pleno século XXI, não há como se admitir, em hipótese alguma, privilégios e imunidades aos parlamentares e demais agentes políticos, quando o Brasil aparece em um dos piores lugares no *ranking* internacional de corrupção.

A própria Carta Magna resolve essa suposta contradição criada pelos agentes políticos, uma vez que estabelece, expressamente, em seu parágrafo 4º do artigo 37, que as sanções por improbidade administrativa possuem natureza cível e até mesmo administrativa, jamais se autorizando a penalização criminal, sob a ótica da Lei de Improbidade, do agente político praticante da conduta. A maioria das condutas que configuram o ato de improbidade administrativa também recai sobre algum tipo penal, seja ele expresso do próprio Código Penal ou na legislação penal extravagante. Neste sentido: Di Pietro (2012), Martins Júnior (2009), Decomain (2007) e Medina, Araújo e Gajardoni (2010).

Mutatis mutandi, CERQUEIRA (2011, p. 47-48) esclarece a controvérsia com os julgados do Supremo Tribunal Federal:

Com a devida vênia dos que entendem em sentido contrário, a não aplicação das normas da LIA aos agentes políticos implica em estabelecer imunidade que a Constituição Federal não previu e nem excepcionou no §4º do art. 37, pois tal entendimento também propiciaria verdadeira blindagem patrimonial – já que não seria possível a reparação dos danos, o perdimento dos bens adquiridos em enriquecimento ilícito e o pagamento de multa civil – em evidente violação ao princípio da isonomia inserto no *caput* do art. 5º da CF.

Nas Reclamações Constitucionais 2.138/DF e 6.034/SP o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que "os atos de improbidade administrativa são caracterizados como crime de responsabilidade, devendo, por isso, ser declarada

a incompetência do juízo de primeiro grau para o julgamento da ação civil pública". Especificamente na Reclamação 2.138/DF, decidiu-se no sentido de que os agentes políticos não estariam sujeitos à LIA, embora tal posicionamento ainda não tenha sido confirmado na composição atual do Supremo Tribunal Federal.

Garcia e Alves (2011) adentram na discussão, afirmando que jamais se permite confundir crime de responsabilidade com ato de improbidade, até porque a própria Constituição distingue os dois termos, sendo possível a coexistência das duas hipóteses e, conseqüentemente, a punibilidade por improbidade e pelo delito de responsabilidade.

Assim, os doutrinadores (2011, p. 520) alegam, ainda, que a tese é um convite à corrupção, declarando-se nítida e indesejável impunidade aos agentes dos autos escalões do poder, afirmando que:

O "entendimento" externado na Reclamação nº 2.138/2002, engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira. Espera-se, ao final, seja ele revisto, mas o simples fato de ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz.

Dessa forma, em consonância ao voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, a tese vitoriosa do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF além de inconstitucional, seria *"reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à barbárie da época do absolutismo"*, pois as classes das pessoas que possuíam privilégios retornam aos tempos atuais, com a prerrogativa de terem um ordenamento próprio, particular, em verdadeira afronta ao ordenamento jurídico nacional.

5. CONCLUSÃO

Como externado no corpo do presente estudo, a concessão da imunidade da ação de improbidade aos agentes políticos, sob a prerrogativa do foro especial em matéria criminal, é absolutamente inconstitucional, atemporal e que mancha a

história da Suprema Corte brasileira, uma vez que concedido, declaradamente por decisão do mais alto tribunal pátrio, um privilégio aos agentes políticos, ante a confusão entre os conceitos de ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

A Lei de Improbidade Administrativa senão a mais eficaz é o mais contundente instrumento normativo do sistema jurídico pátrio no combate a desonestidade pública, a malversação e a corrupção.

Negar vigência a esta norma, conferindo imunidade aos agentes políticos como no analisado caso é como semear e plantar a corrupção em todos os níveis de governo e, ainda, ensinar errado as pessoas em situação de desenvolvimento, como crianças e adolescentes.

No caso em estudo, um Ministro de Estado utilizava aviões da Força Aérea Brasileira para passar férias em Fernando de Noronha, as custas do erário público constituído pela arrecadação de tributos.

Em um país com um notável índice de corrupção e que pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, sem energia elétrica, água encanada ou serviços públicos essenciais, como saúde e educação, não se admite, em hipótese alguma, se conceber que um agente político muito bem remunerado, com capacidade aquisitiva suficiente para custear por si próprio as despesas com a referida viagem, utilize dos bens públicos em detrimento da sociedade.

Concorda-se que sob a ótica criminal o Ministro deve responder pelo ato, mas a Constituição é clara e transparente ao estabelecer, expressamente, um sistema autônomo do sistema penal para a responsabilização do agente desonesto.

Além de responder pelos eventuais delitos de responsabilidade, o agente político deveria também responder pelo mesmo ato sob o prisma da Lei de Improbidade Administrativa, com as sanções previstas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição e no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Infelizmente, a Suprema Corte nacional manchou essa página de sua história. Julgou, por maioria apertada é verdade, pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao agente político em apreço, por entender que as

sanções possuíam *forte conteúdo penal*e, assim, configurariam crime de responsabilidade, por todo o ato atentatório a probidade ser tipificado como tal.

Parece-me, *data máxima vênia*, desarrazoada a decisão externada pelo Supremo. A uma porque o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de cumulação das sanções cíveis, penais e administrativas sob um mesmo fato, não configurando *bis in idem*. A duas, pois não há como convergir no entendimento que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos possuem caráter criminal, uma vez que o preceito secundário do tipo penal (a pena) é composta de privação de liberdade, restrição de direitos e/ou aplicação de multa.

Por fim, apesar do entendimento do mais alto tribunal pátrio, àqueles que ousaram divergir da decisão, lecionando em salas de aula, em doutrinas, proferindo sentenças são dignos aplausos e congratulações, porquanto cientes da força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, resolveram ensinar ou aplicar a Lei de Improbidade Administrativa diversamente, fazendo incidir a todos os agentes públicos, inclusive aos agentes políticos, sem qualquer vinculação ao pronunciamento da Suprema Corte.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

BLASI, Paulo Henrique. A ação civil pública como instrumento de combate a corrupção no estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo** Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas v.221, jul. 2000, p. 127-132.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

___ **Lei n. 8.429/92, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

___ **Lei n. 8.625/93, de 12 de fevereiro de 1993.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública:** comentários por artigo : (Lei nº 7.347, de 24.07.85). 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVEDON, Fernanda de Salles; LUIZ, Joaquim Torquato. Ação civil pública: como instrumento de acesso à justiça na defesa dos interesses coletivos e difusos. **Revista jurídica consulex** Brasília, CONSULEX v.150, abr. 2003, p. 58-60.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Ação civil pública: a defesa dos interesses metaindividuais em juízo, pelo ministério público e entidades co-legitimadas. **Revista síntese de direito civil e processual civil** Porto Alegre, Síntese v.10, mar. 2001, p. 26-29.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DECOMAIN, Paulo Roberto. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Ed; Dialética, 2007.

___ **Ação civil pública: direitos individuais homogêneos e a legitimidade do Ministério Público.** **Revista dialética de direito processual - RDDP,** São Paulo , n.81, p. 99-113, dez.2009.

___ **Comentários à lei orgânica nacional do ministério público.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012 e 12 Ed: 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

____. **Improbidade administrativa – questões polêmicas atuais**, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

FERREIRA, Antônio Carlos. Improbidade administrativa. **Revista jurídica consulex** Brasília, Consulex v.147, fev. 2003, p. 19-20

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 216 p. ISBN

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil publica. ação popular. a defesa dos interesses difusos e coletivos. posição do ministério público. **Revista de direito administrativo** Rio de Janeiro, Renovar v.208, abr. 1997, p. 35-53

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

____. A improbidade administrativa e sua sistematização. **Revista zênite** Curitiba, Zênite v.54, jan. 2006, p. 497-520.

____. Improbidade administrativa. **Revista dos tribunais** São Paulo, RT v.833, mar. 2005, p. 711-741.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

LESSA, Sebastião José. Improbidade administrativa - enriquecimento ilícito presumido - indisponibilidade e sequestro dos bens - quebra do sigilo de dados - intercâmbio de informação sigilosa - sindicância patrimonial - abordagem e resposta. **Fórum administrativo : Direito Público**, Belo Horizonte , v. 11, n. 119, p. 13-27, jan. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 1 ed. Editora revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. **Revista dos tribunais** Sao Paulo, RT v.735, jan. 1997, p. 161-172

____. **Probidade administrativa**, São Paulo: Saraiva, 4 Ed. 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte , v.10, n.42, p. 131-152, out/dez. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAUJO, Fábio Caldas de.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo:Malheiros, 2006 e 36 Ed: 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Bonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Ação civil pública, Constituição Federal e legitimidade para agir. **Revista trimestral de direito público** Sao Paulo, Não determinada. v.14, abr. 1996, p. 67-77.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa**. Niterói: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elías; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

____. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. A ação civil pública: declaratória de ato de improbidade administrativa e reparação de dano. **Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul** Porto Alegre, Não determinada. v.36, maio 1995, p. 227-252

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, 33 ed, Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Ação civil pública: interesses individuais homogêneos. **Revista de processo** São Paulo, Não determinada. v.84, out. 1996, p. 330-348

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos. **Revista jurídica do centro de Ensino Superior de Jataí - Cesut**Jataí/GO, CESUT v.2, jan. 2001, p. 9-23

TAMBELLINI, Guilherme Luis da Silva. Ação civil pública: condenação de servidor público efetivo : improbidade administrativa : proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. **Revista zênite de direito administrativo e LRF - IDAF**, Curitiba , v.12, n.139, p. 578-580, fev./2013.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A improbidade administrativa e o artigo 339 Código Penal. **Fórum administrativo**: Direito Público Belo Horizonte, ED. FORUM v.8, out. 2001

VIEIRA, Leandro. Ação civil pública, ação popular, ação de alimentos e ação de despejo. **Revista Bonijuris** Curitiba, INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS v.505, dez. 2005, p. 5-8.

NOTAS:

[1] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

[2] Art. 37 da CF. [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (sublinhou-se)

[3] Art. 17, da Lei n. 8.429/92. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[4] Art. 2º, da LIA: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º, da LIA: As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

[5] Ação de Improbidade Administrativa. Competência. *in* Rev. Jurídica Consulex, nº 05, p. 47.

[6] In Ives Granda da Silva Martins, Aspectos procedimentais do instituto jurídico do “impeachment” e conformação da figura da improbidade administrativa, *in* Revista dos Tribunais, v. 81, n. 685, 1992, p. 286/287.

[7] Bem. Decl. em REsp 1.073.223-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 04/11/2009.

[8] AgR em AI n. 506323/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02/06/2009.

[9] Apelação Cível n. 2009.015313-3, de Itaiópolis, Quarta Câmara de Direito Público, Des. Rel. José Volpato de Souza, julgado em 08/04/2010.

[10] Apelações Cíveis ns. 2007.012753-4, de Tubarão, rel. Des. Rui Fortes, j. em 01/09/2009; 2006.042369-1, de Lages, rel. Des. Jânio Machado, j. em 26/06/2009; 2007.058886-6, de Ponte Serrada, rel. Des. Rui Fortes, j. em 07/05/2009; 2006.035738-5, de Lages, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 12/08/2008; 2008.001066-5, de Itaiópolis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 09/02/2009; 2006.044560-4, de Forquilha, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 3/7/2007

A LEI MARIA DA PENHA X OS AUTOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASIL

DEYVISON EMANUEL LIMA DE MENEZES: advogado e doutorando em direito pela Universidade Nacional de Mar del Plata - Argentina, especialista em Direito e Processo Civil, Direito e Processo do Trabalho e Direito Administrativo.

Resumo: O objetivo central do artigo em tela é demonstrar que apesar dos 12 anos de existência da lei Maria da Penha os índices estatísticos de violência doméstica e familiar no Brasil estão em constante aumento, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica e estatísticas. Evidenciando ainda a existência de novos mecanismos de prevenção a violência doméstica e apresentando como consideração final a necessidade de efetivação da lei Maria da Penha com a necessidade de um maior investimento em segurança pública para prevenção e fiscalização das medidas protetivas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência doméstica e familiar. Índices estatísticos de violência doméstica e familiar.

Abstract: The central objective of the article on screen is to show that despite the existence of the Maria da Penha law, the statistical indices of domestic and family violence in Brazil are constantly increasing, taking as a methodology bibliographical research and statistics. Further evidencing the existence of new mechanisms to prevent domestic violence and presenting as a final consideration the need to enforce the Maria da Penha law with the need for greater investment in public security for prevention and control of protective measures.

Keywords: Lei Maria da Penha. Domestic and family violence. Statistical indexes of domestic and family violence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei Maria da Penha. 3. Iniciativas para contribuir com a efetivação da Lei Maria da Penha. 4. Dados estatísticos sobre a violência doméstica e familiar. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente estudo aborda o tema da lei Maria da Penha que em 2018 completou 12 anos de existindo, a lei foi um grande avanço legislativo nacional com o objetivo de prevenir e coibir atos de violência doméstica e familiar.

Nesse contexto, a importância do tema é identificada através dos elevados dados estatísticos sobre o aumento dos casos de violência doméstica e familiar no Brasil, sendo que todos os dias são vinculados na imprensa diversos episódios de violência física, psicológica, sexual, além da ocorrência do feminicídio.

O objetivo geral da pesquisa é analisar no contexto nacional os índices sobre violência doméstica e familiar e as iniciativas existentes para diminuição desses casos, além de apresentar possíveis soluções para a efetivação da lei Maria da Penha.

2. A lei Maria da Penha

É incontroverso que a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha é um dos principais marcos para proteção da mulher em face da violência doméstica e familiar, trazendo como principais destaques a definição violência doméstica e familiar contra a mulher e suas espécies a exemplo da física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Outro marco foi a aplicação da lei independentemente da orientação sexual e a possibilidade de renúncia da denúncia só perante o juiz. A legislação supracitada em seus 12 anos de criação passou por algumas atualizações, tendo como uma das principais a tipificação penal do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência com pena de detenção, de 3 meses a 2 anos, haja vista o alto índice de descumprimento das medidas protetivas.

A lei Maria da Penha também contribuiu para tipificação no Código Penal da qualificadora do homicídio por feminicídio que ocorre quando a mulher é vítima de um homicídio por razões da condição de sexo feminino por violência doméstica e familiar ou menosprezo, ou ocorre discriminação á condição de mulher, em ambos os casos com pena de reclusão, de 12 a 30 anos.

Demonstrando assim que nesses 12 anos de criação a lei está em constante evolução com o objetivo de coibir novos casos de atos ilícitos.

3. Iniciativas para contribuir com a efetivação da lei Maria da Penha

Com o objetivo de contribuir para prevenção e investigação dos casos de violência doméstica e familiar foi criado em alguns estados as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAM, com o desígnio de realizar prevenção, apuração e investigação dentre outros atos.

O Poder Judiciário também contribuiu com a criação de varas especializadas em casos decorrentes da prática de violência doméstica e familiar.

Cabe destacar também a iniciativa pioneira do Estado da Bahia em criar através da Polícia Militar a Ronda Maria da Penha com o objetivo de contribuir para efetivação da Lei Maria da Penha, do mesmo modo merece desta a criação da rede de proteção à mulher vítima de violência que possui uma atuação multiprofissional por intermédio de várias instituições.

Nesse mesmo liame também destaca-se as criações dos diversos Centros de referência, núcleos de atendimento à mulher em situação de violência nos estados, que são espaços com o foco de acolher e atender as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Frisa-se que é crescente a criação de novas ferramentas digitais com o objetivo de facilitar a denúncia de novos casos de violência.

Sendo que todas essas iniciativas vêm contribuindo para a efetivação da Lei Maria da Penha.

4. Dados estatísticos sobre a violência doméstica e familiar

Em que pese tenha ocorrido diversas iniciativas louváveis, infelizmente os casos de violência doméstica e familiar vem apresentado dados alarmantes, segundo informações vinculadas pela imprensa^[1] "O número de denúncias de violência contra mulheres em 2018 aumentou quase 30% referente ao ano 2017, sendo que em 2018, foram registradas mais de 92 mil ligações para o disque 180, que é a Central de Atendimento à mulher em situação de Violência, vide dados no atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos".

Segundos dados fornecidos pelo antigo Ministério dos Direitos Humanos (MDH)^[2], o Ligue 180, recebeu somente no primeiro semestre de 2018 quase 73 mil denúncias a nível nacional, sendo que 34 mil casos estão relacionados a

violência física e 24,3 mil casos a violência psicológica e 5,9 mil casos referentes a violência sexual, liderando esse ranking de aumento estão os Estados do Amazonas, Roraima e Amapá.

Consoante dados apresentados pelo departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[3] no ano de 2017, existia um processo judicial de violência doméstica para cada 100 mulheres brasileiras, ou seja, existem 1.273.398 processos referentes à violência doméstica contra a mulher em tramitação na justiça dos estados em todo o País, demonstrando um aumento de 16% mais do que em 2016.

Os dados divulgados pela ONU Mulher[4] colaboram para comprovar o aumento da taxa de feminicídios no Brasil;

No Brasil, a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres – a quinta maior no mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS). Em 2015, o Mapa da Violência sobre homicídios entre o público feminino revelou que, de 2003 a 2013, o número de assassinatos de mulheres negras cresceu 54%, passando de 1.864 para 2.875.

Nessa conjuntura a Poder Judiciário em 2017 deferiu mais 236 mil medidas protetivas o que ocasionou um aumento de 21% referente ao ano de 2016 que foram concedidas 194 mil medidas protetivas, consoante dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[5].

Não se pode olvidar que esses dados corroboram para demonstrar o patente aumento nos casos de violência doméstica e familiar no Brasil nos últimos anos, ocorre que essas estatísticas ainda podem ser muito maiores, pois infelizmente diversos casos de violência doméstica e familiar ainda não são denunciados pelas vítimas, sendo um dos motivos o medo de novas agressões, dependência financeira e/ou emocional, descredibilidade na justiça, dentre outros motivos.

5. CONCLUSÃO

Ressalta-se que para ocorrer a diminuição dos índices de violência doméstica e familiar se faz necessário que o Estado busque efetivar a Lei Maria da Penha, através de investimento em segurança pública como a ampliação do quadro de

servidores, aquisição de novos equipamentos para que a DEAM tenha estrutura para poder realizar um trabalho de investigação de forma célere e eficiente.

Nesse mesmo sentido é preciso um investimento na Polícia Militar para que a mesma tenha capacidade operacional de fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, pois não basta o magistrado determinar a proibição de aproximação da ofendida, precisa ocorrer uma fiscalização atuante do Poder Público para evitar a reincidência desses casos.

Também se faz necessário um trabalho de divulgação da lei em todas as esferas e setores da sociedade com o objetivo de contribuir para a prevenção e identificação de novos casos de violência, além de um maior investimento em tecnologia com o desígnio de aprimorar a capacidade operacional de fiscalização do cumprimento das medidas protetivas.

Por fim, o Poder Judiciário também precisa proporcionar uma maior celeridade processual para o julgamento dos casos de violência doméstica e familiar, haja vista que as medidas protetivas são deferidas de forma rápida, mas o julgamento do caso ainda ocorre de forma morosa, o que causa uma sensação de impunidade e também contribuí para a ocorrência de novos casos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça concede 236 mil medidas protetivas em 2017. Distrito Federal. 2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87047-justica-concede-236-mil-medidas-protetivas-em-2017>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

_____. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Uma mulher entre 100 vai à Justiça contra violência doméstica.** Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica> >. Acesso em: 05 jan. 2019.

JORNAL NACIONAL. **Denúncias de violência contra mulher aumentam 30% em 2018 no Brasil**. G1. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/01/08/denuncias-de-violencia-contra-mulher-aumentam-30-em-2018-no-brasil.ghtml> >. Acesso em: 12 jan. 2019.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Ligue 180 recebeu mais de 72 mil denúncias de violência contra mulheres no primeiro semestre**. Distrito Federal. 2017. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/ligue-180-recebeu-mais-de-72-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulheres-no-primeiro-semester> >. Acesso em: 02 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. 2016. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

NOTAS:

[1] JORNAL NACIONAL. **Denúncias de violência contra mulher aumentam 30% em 2018 no Brasil**. G1. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/01/08/denuncias-de-violencia-contra-mulher-aumentam-30-em-2018-no-brasil.ghtml> >. Acesso em: 12 jan. 2019.

[2] MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Ligue 180 recebeu mais de 72 mil denúncias de violência contra mulheres no primeiro semestre**. Distrito Federal. 2017. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/ligue-180-recebeu-mais-de-72-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulheres-no-primeiro-semester> >. Acesso em: 02 jan. 2019.

[3] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Uma mulher entre 100 vai à Justiça contra violência doméstica**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica> >. Acesso em: 05 jan. 2019.

[4] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. 2016.

Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

[5] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça concede 236 mil medidas protetivas em 2017. Distrito Federal. 2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87047-justica-concede-236-mil-medidas-protetivas-em-2017>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO PÚBLICA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE FORMA NOMINAL: A PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar, à luz da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.257/2011), a importância da disponibilização para consulta as remunerações nominais dos servidores públicos, como desdobramento dos corolários da moralidade e da publicidade. É fato que a Constituição de 1988, ao estabelecer a premissa de Estado Democrático de Direito, estabelece a moralidade e a publicidade administrativa como premissas inafastáveis do comportamento a ser seguido pela Administração Pública. Nesta linha, o acesso à informação pública se apresenta como desdobramento claro do próprio Estado Democrático de Direito e constitui direito-meio para o exercício de outros direitos dotados de elevada densidade jurídica. A Lei nº 12.527/2011, responsável por instituir o dever de transparência por parte da Administração Pública, representa, no contexto de promoção do Estado Democrático de Direito, um verdadeiro marco de ruptura. A metodologia empregada parte do método dedutivo, auxiliada de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Direito à Informação Pública. Princípio da Moralidade Administrativa. Princípio da Publicidade Administrativa. Remuneração dos Servidores.

Abstract: The purpose of this article is to analyze, in the light of the Law on Access to Information (Law no. 12.257 / 2011), the importance of making the nominal remunerations of public servants available for consultation, as an unfolding of the corollaries of morality and publicity. It is a fact that the 1988 Constitution, in establishing the premise of the Democratic State of Law, establishes morality and administrative publicity as unassailable premises of the behavior to be followed by the Public Administration. In this line, access to public information is a clear development of the Democratic State of Law itself and constitutes a right-medium for the exercise of other rights with a high legal density. Law 12,527 / 2011, responsible for establishing the duty of transparency by the Public Administration, represents, in the context of promoting the Democratic State of Law, a true framework of rupture. The methodology used is part of the deductive method, aided by literature review and bibliographical research as research techniques.

Keywords: Right to Public Information. Principle of Administrative Morality. Principle of Administrative Advertising. Compensation of Servers.

1 COMENTÁRIO INTRODUTÓRIO: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O RECONHECIMENTO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

A concepção de Estado de Direito por um Texto Constitucional teria duplo aspecto, a saber: imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos. Assim, a acepção de Estado de Direito perpassa por introduzir uma garantia aos cidadãos contra os arbítrios do poder público. Trata-se de reafirmar que o Estado de Direito, em uma órbita administrativa, encontra vinculação direta ao ideário de supremacia do interesse público. Dessa forma, não há que se confundir o interesse que a Administração Pública possui, enquanto síntese de todos os seus cidadãos, com o interesse privado daquele que atua em nome da Administração Pública.

No que alude à democracia, conquanto seja difícil alcançar a unanimidade na determinação precisa de seus aspectos elementares, é imprescindível estabelecer uma definição mínima. A democracia substancializa um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que afixam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos a serem empregados para a

consecução (BOBBIO, 1992). Sem embargos, “a democracia, assim, estaria essencialmente relacionada à formação e atuação do governo”, conforme aduz Oliveira (1997, p. 272).

Doutro ângulo, a democracia, enquanto clara manifestação do “governo do povo, pelo povo e para o povo”, plasma o ideário de que a titularidade do poder estatal, em um regime democrático, encontra-se centrado no povo. Trata-se da manifestação mais robusta da soberania popular. Assim, alcança-se a concepção de legitimidade, que, nos dizeres de Moreira Neto, consiste em “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

Denota-se, portanto, que o controle da legalidade é oriundo do Estado de Direito, no qual o Estado possui claras limitações no que atina ao exercício da supremacia do interesse público, bem como as vedações, de índole constitucional, da deturpação de tal interesse para o atendimento dos interesses particulares daqueles agentes que atuam em seu nome. Já o Estado Democrático de Direito institucionaliza o controle da legitimidade. Diante de tal cenário, Canotilho (1992, p. 421) frisa que a consagração constitucional da acepção de democracia atende o escopo de alça-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. Sem embargos, o sentido constitucional de tal corolário implica na democratização da democracia, isto é, a condução e a propagação do ideal democrático para além dos marcos fronteiriços do território político.

Com ênfase, a configuração da República como um Estado Democrático de Direito e o tratamento conferido à Administração Pública são convergência que, em conjunto, contribuem para uma maior democratização da Administração Pública. Assim sendo, em diversos momentos, o Texto Constitucional de 1988 estabeleceu como norte uma maior participação popular na Administração Pública e, em especial, por meio da democracia pelo processo. “Teve início no Brasil a real democratização administrativa, a ser implementada por intermédio da participação popular na Administração pública e, principalmente, por meio da democracia pelo processo” (OLIVEIRA, 1997, p. 273).

Em tal cenário, é forçoso reconhecer que processo e participação são institutos indissociáveis. Logo, o processo administrativo, sobretudo no que toca aos procedimentos estabelecidos para fiscalização dos contratos públicos,

viabiliza o exercício efetivo da participação da sociedade civil. Trata-se de ferramenta jurídica idônea a regular a relação entre governantes e governados e governantes e gastos com o erário público. A participação, desse modo, constitui postulado inafastável da democracia e o processo é, em si mesmo, democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo.

No que se refere à realidade institucional brasileiro, a confluência entre *democracia* e *Estado de Direito*, levada a cabo pelo atual Texto Constitucional, mais que apresentar um qualificativo da forma assumida pelo Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeira ordem e dotado de importância inquestionável: o direito de participação nas decisões estatais. Em tal conjuntura, reconhecer a convergência daqueles elementos implica na aproximação do particular da Administração Pública, atalhando as barreiras existentes entre Estado e sociedade, o que se efetiva por meio da participação da sociedade civil.

Concebida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração pública, de caráter consultivo ou deliberativo, a participação popular na Administração pública – ou participação administrativa – é considerada um dos principais meios para tornar efetiva a democracia administrativa (OLIVEIRA, 1997, p. 274).

A participação da sociedade civil na esfera administrativa visa conferir legitimidade aos atos praticados, conquanto, de maneira incidental, possa desdobrar-se no controle de legalidade. Extraí-se, em tal lógica, a existência de uma dupla função da participação, a saber: uma função legitimadora, que visa assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração Pública e a o exercício da função administrativa; e uma função corretiva, ou seja, o objetivo se traduz em ampliar a correção das decisões administrativas, a partir do ponto de vista técnico-funcional e sob o prisma da sua justiça interna.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988). Nesta toada, quadra ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais (SERESUELA, 2002, s.p.).

É verificável que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas (CARVALHO FILHO, 2011, p. 21).

Tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade

doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. “Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” (GASPARINI, 2012, p. 61).

No mais, ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, segundo Carvalho Filho,

[...] doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação (CARVALHO FILHO, 2011, p. 34).

Consagrado no texto da Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 37, o princípio da moralidade, como vetor de orientação e inspiração da Administração Pública, impõe que

[...] o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (CARVALHO FILHO, 2011, p. 23).

Neste diapasão, pode-se salientar que o mandamento em exame exige que o agente público oriente a sua conduta nos padrões éticos, cujo fim último se desdobra em lograr a consecução do bem comum, independente da esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que sua atuação esteja

fincada. Ao lado disso, cuida destacar que o preceito em comento se apresenta, no cenário contemporâneo, como o bastião de validade de todo ato da Administração Pública.

Ora, não se trata de um instrumento sistematizador de um conceito atrelado à moral comum; ao reverso, está assentado em uma moral jurídica, compreendida como o conjunto de ordenanças normativas de condutas retiradas da disciplina interior da Administração. A moralidade administrativa, distintamente da moralidade comum, é constituída por disciplinas de boa administração, a saber: pelo conjunto de disposições finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também, pelo ideário geral de administração e pela ideia de função administrativa. Meirelles aduz que

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública seria ilegítima (MEIRELLES, 2012, p. 91).

O corolário em destaque, como preceito norteador da Administração Pública, expressamente insculpido no texto constitucional e como requisito de validade dos atos administrativos, encontra seu substrato de edificação no sistema de direito, mormente no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Ademais, o aviltamento ao axioma em análise se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal do ato, substancializada na aparência, e a sua manifestação real, consistente na substância, criada e decorrente de impulsos subjetivos essencialmente viciados no que se refere aos motivos, à causa ou à finalidade da atuação administrativa.

Quadra rememorar que a atividade estatal, independente do domínio institucional de sua incidência, está fundamentalmente subordinada à observância de parâmetros ético-**jurídicos**, os quais ressoam a consagração constitucional do preceito da moralidade administrativa, que se qualifica com valor constitucional emoldura de essência ética e içada à condição de axioma fundamental no processo de poder, subordinando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e seus

agentes, da autoridade concedida pelo ordenamento normativo. Assim, o postulado em realce norteia a atuação do Poder Público, conferindo, por via de consequência, substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se alicerça a própria ordem positiva do Estado. Desta sorte, é patente que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao estabelecer limitações ao exercício do poder estatal, legítima, de maneira proeminente, o controle de todos os atos do poder público que ofendam os valores éticos que devam sustentar, imperiosamente, o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles estejam alocados.

Com realce, o preceito da moralidade administrativa apresenta primazia sobre os demais corolários constitucionalmente formulados, porquanto é constituído, em sua essência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Nesta esteira, toda atuação administrativa tem como ponto de partida os influxos decorrentes do cânone em exame e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. “Assim, o que se exige no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa”, conforme Rocha (1994, p. 213-214).

Como bem pontua Ávila (2006, p. 38), o corolário constitucional da moralidade administrativa, em razão de sua essência, “estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”. Alinhando-se a tais ponderações, não se pode olvidar que a partir da realidade inaugurada pela Carta de Outubro de 1988, a observância do baldrame em estudo, especialmente por parte dos agentes que integram a Administração Pública, passou a reunir aspectos e características que figuram como verdadeiros pressupostos de validade dos atos, independentes de estarem arrimados, ou não, em competência discricionária.

Ora, não se pode olvidar que o preceito constitucional em exposição reuniu valores de essência ética que sustentam a acepção de moralidade jurídica, notadamente no que se refere à atuação do administrador. Inclusive, há que se destacar que o STF, ao se manifestar em processo que trazia em seu bojo o assunto em comento, em oportunidade pretérita, consolidou o entendimento no qual o

baldrame da moralidade administrativa condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais.

Desta sorte, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, a atividade estatal está imperiosamente submetida à observância de parâmetros ético-jurídicos, que são refletidos de modo claro na consagração do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 da Carta de 1988. O postulado em destaque tem o condão de conferir substância, ao tempo em que atribui expressão a uma plural tábua de valores éticos, servido, também, como pilar fundante da ordem positiva do Estado. Além do entalhado, patente se revela a necessidade de salientar que tal dogma legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam, ofendam ou inobservem os valores éticos que devem sustentar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 2013, p. 109-110).

A partir do dever imposto à Administração Pública, advindo do princípio da moralidade administrativa, é perceptível que o acesso à informação constitui verdadeiro corolário desdobrado. Trata-se, neste aspecto, de reconhecer o acesso à informação como uma das bases do sistema interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi subscrita em 1969 e entrou em vigência em

1978. Nacionalmente, os mecanismos de informação pública são dotados de contemporaneidade. Com o fim da ditadura civil-militar e o fomento pela redemocratização do país, o acesso à informação ganha espaço, passando a ser incluído no bojo da nova Constituição de 1988.

O texto afixa três mecanismos assegurando sobredito direito, quais sejam: o inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do §3º do artigo 37 e o §2º do artigo 216. Conquanto esteja previsto no Texto Constitucional, desde a sua promulgação, o direito à informação carecia de um instrumento legislativo estabelecido com o escopo exclusivo de promover sua regulação. Sobre o aludido, Medeiros, Magalhães e Pereira (2014, p. 58) afirmam que “pelo contrário, o que se percebeu foi que, em nosso país, foi uma cultura pródiga de produzir decretos e legislações sobre o sigilo de documentos públicos”.

O direito à informação encontra vinculação direta com a liberdade de expressão e configura verdadeiro direito público subjetivo, no qual cada cidadão tem direito a formar seu livre convencimento a partir de informações prestadas. A partir de um recorte essencialmente individual, o direito em comento atende o papel de maximizar o exercício de uma autonomia pessoal e fomenta o exercício da cidadania e de uma gestão administrativa democrática, na modalidade de participação da sociedade civil. De acordo com Bucci,

O direito individual ao acesso à informação pública está interligado com o exercício da cidadania em fiscalizar os atos governamentais. Não deve ser confundido com o direito de informação a dados pessoais em poder do Estado, já que este está inserido no rol de garantias de direito à informação, que contém, também, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e não é abarcado pelo DAIP [direito ao acesso à informação pública] (BUCCI, 2009, s.p.).

Outro aspecto que sobreleva anotar é o aspecto coletivo que todo bem público possui, logo, as informações contidas no Estado Democrático de Direito materializa *res publica*, sendo carecido o seu conhecimento pela sociedade, que é responsável por conferir legitimidade ao exercício do poder. Materializa-se, dessa forma, a única medida eficaz que há para o controle institucional, porquanto sem o exercício de tal direito inerente à cidadania, subsistirá o sufocamento do

interesse público em detrimento do interesse pessoal que será convertido em corrupção.

Além disso, ao reconhecer a informação pública como um bem público, é forçoso apontar que tais tem caráter não distributivo, isto é, são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Logo, o direito à informação pública configura um direito indisponível, tendo, além de natureza pública, aspecto individual e coletivo simultaneamente. Bucci (2009) sustenta que o direito à informação pública encontra relação direta com o corolário da publicidade que o Estado se atém, pois subsiste a necessidade da transparência dos fatos e atos praticados ou de sua omissão.

Logo, não há se falar em um direito coletivo, pois, se assim o fosse, incidiria a supressão de um direito individual contido na Carta de 1988, bem como alguns direitos encontrariam obstáculos para sua efetiva concretização, a exemplo da liberdade de expressão. O direito à informação pública é um apenas, contudo os interesses coletivos a ele vinculados assumem natureza transindividual, consistindo em três espécies, quais sejam: (i) interesse individual homogêneo, consistente naquele ligado a um indivíduo, porém há um grupo que também goza dos mesmos interesses; (ii) interesses coletivos, assim compreendidos como aqueles que são titulares um grupo, categoria ou classe; e (iii) interesses difusos, nos quais há uma indeterminação de titulares.

Além disso, o direito à informação pública apresenta um escopo muito maior do que conseguir a concreção em si mesmo, eis que não é um direito autônomo, mas sim um instrumento necessário para efetivação da participação da sociedade civil, da liberdade de expressão e, por meio, um meio dotado de eficácia para se promover a exigibilidade dos direitos sociais contidos na Carta de 1988. Logo, o direito em comento materializa um pré-requisito para o livre exercício da cidadania, abarcado na participação da política do Estado, tal como na requisição de direitos inerentes ao ser humano.

Dessa forma, não se trata apenas de um direito constitucional fundamental, mas sim um direito humano, cujo fito maior é promover o alcance e a concretização de outros direitos igualmente constitucionais fundamentais e humanos. Reconhece-se que o direito à informação, em termos gerais e com especial ênfase para a informação pública, substancializa um importante direito-

meio para a consecução de outros direitos que são indissociáveis do Estado Democrático de Direito.

3 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM PAUTA: A PROEMINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O DIREITO À TRANSPARÊNCIA DAS INFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Importante mandamento entalhado nas linhas da Constituição Federal, no que concerne à atuação da Administração Pública, é o princípio da publicidade, disposto, de maneira expressa, no art. 37, *caput*. Pela dicção de tal preceito, “os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 28). Tal fato tem como arrimo de sustentação a premissa que, apenas com a transparência das condutas da Administração Pública, por meio de sua publicização, é que os cidadãos poderão aquilatar, ou não, a legalidade dos perpetrados, bem como se estes se revestem de eficiência.

Como bem destacou Wlassak (2002, s.p.), “a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível”, com o escopo de assegurar que os administrados tenham, a todo momento, o conhecimento do desenvolvimento das atividades dos administradores. Em igual substrato ensina Meirelles (2012, p. 96), ao abordar o princípio em tela, destacando que “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”. Deste modo, sendo o ato considerado como irregular, mesmo havendo publicidade, esta não terá o condão de convalidá-lo; em mesmo sentido, ainda que seja regular, a dispensa de sua publicização não será comportada, quando a lei ou o regulamento, de maneira expressa, a exigir. Acerca do princípio da publicidade, a lição de Mello:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a

todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELO, 2010, p. 114).

Neste diapasão, quadra destacar que o princípio da publicidade não está adstrito apenas à Administração Pública, enquanto manifestação do Poder Executivo, mas também se estende aos demais Poderes constituídos. O princípio da publicidade também se aplica à elaboração das leis em si, o que já foi definido na Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Fortalecendo tais ponderações, o articulista Wlassak, ao orientar a incidência do princípio da publicidade no âmbito do Poder Judiciário, frisa que:

No que diz respeito ao Judiciário, a própria Constituição estatui regra específica quanto à publicidade de seus atos (inciso IX do art. 93). Sabedores que somos da necessidade de fundamentação dos atos judiciais, para que se possa contrastá-los, é na publicidade destes atos que se constrói a ponte entre o juiz e o cidadão. Todos os seus atos, com exceção dos que possam atingir a intimidade dos envolvidos ou quando o interesse social assim o exigir (o que, convenhamos, deixa ao juiz um amplo poder de decidir o que seria este "interesse social"), o que está estampado no inciso LX do art. 5º da Constituição - **"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"** (WLASSAK, 2002, s.p) (destaque nosso).

Nagib Slaibi Filho, com grande técnica, bem resume a dupla vertente do princípio da publicidade no âmbito de atuação do Judiciário:

Vemos, assim, que o princípio da publicidade, no Poder Judiciário, funciona em dois níveis: no primeiro, no sentido de publicidade ampla, absoluta ou externa em que a atuação do Estado-juiz deve ser levada ao conhecimento de toda a sociedade, como fator de legitimação do exercício do poder e, no segundo, como publicidade relativa, restrita ou interna em que se restringe o conhecimento dos atos processuais

tão-somente às partes e advogados (SLAIBI FILHO, 1998, p. 132).

Valiosas são as lições do doutrinador Gasparini que, ao abordar acerca dos efeitos da publicação oficial, destaca que:

Entre outros, são efeitos da publicação oficial: I – presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração direta, indireta ou fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III – marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta. Diga-se que o princípio da publicidade no deve ser desvirtuado. Com efeito, mesmo a pretexto de atendê-lo, é vedado mencionar nomes ou veicular símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridade ou servidor público [...] . Essas disposições são de observância imediata, não necessitando para sua aplicação de qualquer regulamentação (GASPARINI, 2012, p. 12).

Assim, para que o princípio da publicidade tenha seus mandamentos cumpridos, imperiosa se faz a ampla e irrestrita publicização dos atos da Administração, direta, indireta e fundacional, em veículo informativo (jornal ou congêneres) de ampla circulação. A publicidade, como supernorma de inspiração da Administração Pública, compreendendo tanto direta e indiretamente, não confere a faculdade de veicular seus atos, mas sim a obrigação de tal fato. Ora, tão-somente por meio do esposado alhures é que o administrado/cidadão pode exercer, sem qualquer restrição, barreira ou limitação, a análise da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, bem como comprovar se estes alcançam a eficiência que devem ambicionar.

É fato que a transparência, enquanto desdobramento dos princípios norteadores da Administração Pública, estimula a participação da sociedade civil, bem como a informação divulgada traz aproximação da sociedade de gestão exercida por seus representantes. “As entidades públicas têm o dever de promover

a transparência de sua administração e a sociedade tem o direito ao acesso e o acompanhamento da administração pública” (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 05), com fins de promover a consolidação da cidadania.

A transparência viabiliza um ambiente de análise e reflexão, contudo, para isso, é imprescindível que os gestores públicos apresentem suas tomadas de decisões, como também as divulguem de maneira potencializada nos meios de comunicações acessíveis à população. Para tanto, deve-se superar a perspectiva que as informações fiquem condicionadas e limitadas ao círculo de alguns servidores e assessores apenas. Há que se reconhecer que a transparência, enquanto corolário do princípio da publicidade, opõe-se à teoria *arcana imperii*, dominante no período do poder absoluto. A teoria em comento preconizava que o poder do príncipe é mais eficaz, logo, mais condizente com seu objetivo. Dessa forma, quanto mais oculto estava dos olhares indiscretos do vulgo, mais se aproximava da semelhança de Deus, invisível.

Ao promover o afastamento do cidadão, o gestor fortalece seu poder e confirma o autoritarismo. A transparência, em tal cenário, é a forma de evitar tal conduta, pois a divulgação das ações contribui para a análise crítica da gestão pública. A doutrina encontra sustentação em dois pontos. O primeiro é inerente à própria natureza do sumo poder, cujas ações serão bem sucedidas quanto mais rápidas e previsíveis se comportarem; o controle público, mesmo que exercido apenas por uma assembleia de notáveis, tem o condão de retardar a decisão e impedir a surpresa. Logo,

As medidas realizadas às ocultas e postas em prática de imediato enfraquece o controle social e distancia cada vez mais os governantes dos governados. Dessa forma não há possibilidade de reação dos populares diante das medidas adotadas (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p.05).

O segundo argumento é oriundo do desprezo do vulgo, considerado, em tal contexto, como um “animal selvagem” que reclamava domesticação, já que, uma vez dominado por forças mais fortes, era impedido de formar uma opinião racional do bem comum, egoísta de visão estreita, presa fácil dos demagogos que se utilizariam para a obtenção de vantagens. Os dominantes depreciam a capacidade dos dominados de exercer a cidadania de forma consciente. Assim, utilizam da evasiva alegação e pretexto para se esquivar de dificuldades que o

cidadão possa criar. Os governantes adotam o engano como estratégia para manter seus privilégios.

Para Pires (2011, p. 61), a participação da sociedade civil pressiona as instituições a serem mais céleres e transparentes, bem como proporciona um suporte de legitimidade às decisões de direção. Consiste em uma instância política da comunidade de usuários de um serviço público, inclusive no que se refere à fiscalização dos contratos estabelecidos pela Administração Pública. "A entidade ao dar transparência de seus dados, abre espaço para futuras reivindicações sociais que visem a um maior detalhamento e à ampliação das informações disponibilizadas" (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 06).

Santos (2012), em complemento, diz que a informação precisa, suficiente e de fácil entendimento para o cidadão comum é imprescindível para o controle social. Em tal linha, a transparência e a participação social são conceitos indissociáveis, interdependentes e intercambiáveis. Revestindo a transparência na concepção de *accountability* inquina-a como um instrumento robusto de participação da sociedade civil. A ampliação da transparência auxilia diretamente no envolvimento das distintas classes sociais no acompanhamento da gestão. A divulgação das informações em grupos restritos e direcionado inibe o seu aspecto de promoção da democracia, atentando contra os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, enquanto pilares norteadores da Administração Pública.

4 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM DESTAQUE: PONDERAÇÕES AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO FUNDAMENTAL À LUZ DA MOLDURA CONSTITUCIONAL

A publicação da Lei nº 12.527 constituiu um marco na conquista pela informação, eis que, na sua ausência, "o cidadão e a sociedade civil ficam, portanto, a depender da discricionariedade burocrática, situação perniciosa para a construção de uma administração pública transparente" (BERTAZZI, 2011, p. 26). Mencionada legislação foi promulgada em 18 de novembro de 2011 e entrou em vigor em maio de 2012, configurando verdadeira ruptura em um cenário existente dotado de pouca ou tímida transparência das informações do Poder Público, afetando diretamente o pleno exercício da cidadania e da democracia participativa.

Ora, em contextos sociais em que há pouca transparência nos atos da Administração Pública, verifica-se comumente o desenvolvimento de práticas paternalistas, clientelistas, corrupções e outras formas de emprego dos bens públicos para promover os interesses particulares. Reconhece-se que os esforços para a efetivação de uma legislação promotora da transparência das informações administrativas e o seu respectivo acesso configuram esforços imprescindíveis no Estado Democrático de Direito. Segundo Stiglitz (2002), isso ocorre porque a melhora do acesso à informação pública e o estabelecimento de regras que proporcionem a disseminação das informações produzidas pelo governo reduzem o objetivo dos abusos que podem ser perpetrados.

Além disso, a tendência contemporânea se pauta na busca pela parceria entre o governo e o cidadão, implicando na participação ativa deste último na tomada de decisões e na formulação de políticas públicas. Dahl (2001) sustenta que cidadãos silenciosos só são perfeitos para um governo autoritário, contudo seriam desastrosos para o desenvolvimento e afirmação de uma democracia. Logo, há que se reconhecer que práticas de tal natureza corroboram a transparência governamental e a redução dos abusos cometidos pelas autoridades governamentais. Lopes justifica:

As políticas que tenham o objetivo de promover acesso à informação pública implicam necessariamente ações que possibilitem acesso a fóruns plurais de discussões, a instituições que prestem contas ao cidadão, a leis de acesso à informação, a proteções contra a negação de prestação de informações por parte de órgãos públicos e à liberdade de imprensa (LOPES, 2007, p. 10).

O emprego de mecanismos de controle público, incluído, aqui, o direito à informação pública, subsidia, de maneira direta, a aproximação do cidadão dos atos governamentais, assegurando, por consequência, maior transparência. Neste aspecto, a legislação pode ser considerada dotada de amplitude, com o escopo de estabelecer normas para promover a promoção do direito humano fundamental de acesso à informação. O conceito de informação é dado pela própria lei, definindo-a como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011).

Conforme dita o artigo 2º da Lei nº 12.527/2011, os procedimentos são aplicados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todavia, não se limita a eles. Contempla, ainda, quaisquer dos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério, bem como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes supramencionados. Dessa forma, a legislação rompe com a burocracia estatal em manter sigilo dos seus atos, logo, o texto contém diretrizes que privilegiam a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, eis que o domínio da informação constituiria uma inegável fonte de poder.

Lopes (2007) aduz que a falta de informação pública é justamente um dos diversos fatores que motivaram a persistência de comportamentos pré-burocráticos, remanescentes de uma administração patrimonialista, tendo como característica principal o sigilo no trato da coisa pública. Sem a garantia de acesso à informação torna-se inviável a atuação robusta neste sistema de freios e contrapesos. Logo, a modificação no paradigma acarretará como consequência a diminuição do poder daqueles que exercitam o monopólio das informações, democratizando seu acesso à população. Destarte, o acesso aos dados constitui em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta. Nesta linha, o cidadão bem informado possui melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, a exemplo da saúde, da educação e dos benefícios sociais.

Na cultura de acesso, o fluxo de informações incide diretamente no processo de tomada de decisões, na boa gestão de políticas públicas e na inclusão do cidadão. De acordo com Manzano Filho (2012), o acesso à informação materializa uma ferramenta imprescindível para combater a corrupção e transformar em realidade o princípio da transparência na gestão pública e melhora na qualidade da própria democracia.

Frise-se, ainda, que a Lei em comento dispensou preocupação para o desenvolvimento de controle social sobre a Administração Pública, elencada como uma de suas diretrizes. Ora, o acesso à informação é essencial para assegurar que as políticas públicas sejam implementadas pelos governos e potencialmente pela

participação dos cidadãos, compreendendo desde o planejamento até a execução e a avaliação. Em relação ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública, é imprescindível uma estratégia no que atina à implementação, abarcando ampla gama de ações coordenadas que possibilitem, facilitem e estimulem o acesso a fóruns plurais de discussões, a *accountability* e a proteção contra a negação de prestação de informações por parte de órgãos públicos.

Assim, para a divulgação das informações, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*). Contudo, a legislação foi omissa ao não fixa o limite para tais órgãos e entidades se adequarem a esta determinação. Medeiros, Magalhães e Pereira (2014) aduzem que o prazo, a rigor, seria coincidente com a *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias; contudo, é fato que isso não seria possível, produzindo sítios eletrônicos com informações desencontradas ou com ferramentas insuficientes de acessibilidade.

Além disso, outro obstáculo para a produção de resultados exitosos pela legislação em comento está relacionado no desempenho dos servidores. Não é possível olvidar que as mudanças propostas pelo diploma legal trarão impactos consideráveis sobre as rotinas dos servidores, sobretudo no que se vincula ao atendimento ao público, além de exigir uma adequação na maneira de produzir, arquivar e divulgar as informações. A nova legislação, conforme Bertazzi,

[...] trará grandes impactos para a administração pública brasileira como um todo. Em especial, trará novidades para o trabalho cotidiano dos servidores públicos, e pode encontrar diversos entraves para sua implementação, uma vez que a lei de acesso à informação pode funcionar como um catalisador da mudança organizacional dentro das repartições públicas, impactando diretamente o dia a dia da organização (BERTAZZI, 2011, p. 25).

Contudo, mesmo se tratando de uma realidade de ruptura, a implementação requer o desenvolvimento de mecanismos exitosos e a modificação de rotinas arcaicas, bem como a capacitação dos servidores para o seu atendimento. A legislação exige uma nova postura a reger a Administração

Pública, sobretudo no que toca à asseguarção de mecanismos capazes de materializar o direito à informação pública como elemento indissociável do exercício da cidadania e da promoção da democracia participativa, promovendo uma gestão democrática.

5 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO PÚBLICA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Tendo como sedimento as ponderações aventadas até o momento, é importante assinalar que a Lei de Acesso à Informação (LAI) não se desincumbiu de tratar de forma clara a obrigatoriedade de se publicar a remuneração do servidor, de forma nominal. Contudo, o Decreto nº 7.724/2012 foi enfático ao regulamentar a temática e dispor que:

§ 3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre:

I - estrutura organizacional, competências, legislação aplicável, principais cargos e seus ocupantes, endereço e telefones das unidades, horários de atendimento ao público;

II - programas, projetos, ações, obras e atividades, com indicação da unidade responsável, principais metas e resultados e, quando existentes, indicadores de resultado e impacto;

III - repasses ou transferências de recursos financeiros;

IV - execução orçamentária e financeira detalhada;

V - licitações realizadas e em andamento, com editais, anexos e resultados, além dos contratos firmados e notas de empenho emitidas;

VI - **remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do**

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
(BRASIL, 2012) (destaque nosso)

Denota-se, pois, que o dispositivo regulamentador citado é insculpido em harmonia com as disposições axiológicas capituladas pelo princípio constitucional da publicidade administrativa. Sendo assim, em decorrência do corolário norteador, os atos praticados na atividade administrativa e que, depois da edição da legislação em apontamento, traduziu-se no dever de disponibilizar à população todas as informações por ela produzidos. Celso Lafer, inclusive, diz:

[...] em uma democracia, a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, visto que permitem um importante mecanismo de controle *ex-parte populi* da consulta dos governantes. [...] Em uma democracia, a publicidade é a regra básica do poder, e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado. (LAFER, 1998, p. 243-244)

A Constituição Federal, ainda, em seu artigo 5º, inciso X, que,

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Já em seu inciso XXXIII, o artigo 5º preconiza que

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

Como se extrai dos dispositivos colacionados, há um aparente conflito entre os princípios que podem e devem ser preservados. Neste sentido, cuida observar de que os dados são relacionados às informações de domínio público-estatal, logo, devem estar submetidos ao controle da sociedade, sob o risco de produzir lesão grave à ordem público e aos postulados axiológicos vinculados à tábua de corolários constitucionais que norteiam a Administração Pública.

Almeida (2015) assinala que a *mens legis* da Lei de Acesso à Informação não compreende a identificação nominal dos servidores públicos, quando se trata da disponibilização das informações concernentes à remuneração. Aduz, ainda, o autor que “o direito à privacidade está diretamente relacionado à vida do servidor público enquanto indivíduo, uma vez que o servidor desempenha um papel fundamental na sociedade (ALMEIDA, 2015). Em complemento, Beltrão sustenta que o servidor.

[...] apresenta-se desprotegido perante os assaltos da liberdade de informação, que com o discurso do direito coletivo de ser informado todo fato, acontecimento ou situação com relevância pública e efeito na vida comunitária, desbanca a garantia constitucional à reserva da intimidade. Estado. (BELTRÃO, 2012, p.15).

Batista e Furtado (s.d., p. 11), de maneira diversa, ao invocar a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, sustentam que o direito fundamental à inviolabilidade da vida privada não se incompatibiliza com a disponibilização nominal das remunerações dos servidores públicos. Tal fato decorre da premissa que a remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação estão vinculados ao interesse coletivo ou geral. Desta feita, a divulgação oficial é desdobramento lógico do princípio constitucional da publicidade administrativa.

Verifica-se, portanto, conforme assenta a doutrina mais contemporânea e alinhada com o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, que não há que se cogitar em falar de intimidade ou vida privada, porquanto o objeto da divulgação está relacionado aos agentes públicos enquanto ocupantes de tal qualidade (BATISTA; FURTADO, s.d., p. 11). Além disso, ainda em harmonia com as disposições supramencionadas,

E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, decidiu-se que: seja pessoal, seja familiarmente, possivelmente resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano (BATISTA; FURTADO, s.d., p. 11).

A subsistência do princípio da publicidade administrativa configura materialização de um dos mais robustos objetivos assentados na Carta Magna, qual seja: a consolidação da República enquanto forma de governo. Sendo assim, por um lado, exsurge um necessário modo republicano de conduzir a administração do Estado brasileiro, ao passo que de outra monta é a cidadania mesmo que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado, notadamente com observância da moralidade, da publicidade e da transparência.

Veja-se que o entendimento externado pelo STF não se distancia do viés hermenêutico interpretativa consolidado pela Suprema Corte. Ademais, doutrinadores de relevo, tal como Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014), já explicitaram, em consonância com o entendimento pretoriano, que inexistem, em sede de direitos pessoais, aspectos absolutos, estando, doutro modo, passíveis de restrição, desde que esta ocorra com o escopo de assegurar a concretização de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais dotado de relevância.

No caso concreto, a disponibilização da remuneração nominal dos servidores públicos configura elemento imprescindível e indissociável dos corolários norteadores da Administração Pública, bem como do exercício da cidadania e a concretização da forma de governo republicana, calcada na transparência dos atos administrativos. Desta feita, ao se considerar que o servidor público é contratado pelo Estado para atender a sociedade e que o Estado é mantido pelos tributos que são oriundos da sociedade, “nada mais lógico que a remuneração do servidor público possa ser divulgada e fiscalizada pela própria Sociedade” (BATISTA; FURTADO, s.d., p. 12).

6 COMENTÁRIOS FINAIS

Conforme estabelecido no decurso do presente, o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, na qual o particular, individual e pessoalmente, exerce influência na gestão, no controle e nas decisões propaladas pelo Estado. Em tal cenário, trata-se da materialização do princípio democrático norteador do Estado Brasileiro. Neste sentido, o estabelecimento de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, a exemplo da moralidade e da publicidade, emergem como verdadeiros pilares de promoção de uma democracia participativa e de uma gestão administrativa pautada na transparência e na acessibilidade de suas informações, a fim de assegurar o controle por parte da sociedade.

Em tal concepção, decorre o reconhecimento do direito à informação pública como típico direito de um Estado Democrático de Direito, no qual a informação encontra relação íntima com o processo de cidadania e exercício da fiscalização, por parte da sociedade, das atividades desempenhadas pela Administração Pública. Afora isso, não pode se olvidar que o direito à informação pública configura direito-meio do qual outros direitos dotados de fundamentalidade demandam espaço para serem exigidos por parte de seus titulares. Não se trata apenas da informação como acesso aos dados, mas também como instrumento para o exercício de direitos.

Assim, para a construção de uma verdadeira democracia, apresenta-se indispensável o acesso claro e transparente à informação pública, além de permitir maior participação popular, fortalecendo os sistemas democráticos e culminando em um processo de cidadania e emancipação dos cidadãos. Em tal contexto, o sigilo propicia a corrupção e estabelece barreiras ao desenvolvimento. Logo, ainda que o acesso à informação pública, por si só, não seja suficiente para a efetivação plena da cidadania e da democracia participativa, se apresenta como importante instrumento de propagação da fiscalização e do estabelecimento de mecanismos de exigibilidade de cumprimento não apenas do direito à informação pública, mas também a gama de outros direitos que dependem direta e indiretamente desse.

A Lei nº 12.527, responsável por instituir o dever de transparência por parte da Administração Pública, representa, no contexto de promoção do Estado Democrático de Direito, um verdadeiro marco de ruptura. Neste sentido, ao se compreender o marco de ruptura, é imprescindível reconhecer que os atos administrativos estão contornados pelo princípio da publicidade e pelo princípio da transparência. Desta feita, em que pese o aparente conflito de princípios, em

sopesamento de valores, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento que a disponibilização das informações das remunerações dos servidores públicos, de modo nominal, não afronta os princípios da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, mas sim substancializa o interesse público enquanto condão maior da cidadania e da forma de governo republicana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Camila Santos Torrecillas de. A divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos e os princípios constitucionais da publicidade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. *Tr. Jurídico Certo*: portal eletrônico de informações, 14 mai. 2015. Disponível em: . Acesso em 18 nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BATISTA, Quetilin de Oliveira; FURTADO, Maria Eugenia. **A Lei de Acesso à Informação frente aos limites constitucionais da publicidade e transparência**: uma análise acerca da inviolabilidade da vida privada dos servidores públicos. Disponível em: . Acesso em 18 nov. 2018.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em 18 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

BERTAZZI, Danilo Marasca. O projeto de lei de acesso à informação e seu impacto sobre os servidores públicos. *In: ARTICLE 19*. Leis de acesso à informação: dilemas da implantação. 2011. p. 25-39. Disponível em:. Acesso em: 18 nov.2018.

BUCCI, Eduardo Sadalla. O acesso à informação pública como direito fundamental à cidadania. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 12, n. 67, ago 2009. Disponível em: . Acesso em abr 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na Administração Pública. *In: Temas de Administração Pública*, v. 8, n. 1, 2013, p. 1-20. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso a informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. *In: Cadernos Finanças Públicas*, Brasília, n. 8, p. 5-40, dez. 2007. Disponível em: . Acesso em: 18 nov.2018.

MANZANO FILHO, Gabriel. **OEA defende o direito à informação**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 18 nov.2018.

MEDEIROS, Simone Assis; MAGALHÃES, Roberto; PEREIRA, Roberto. Lei de Acesso à Informação: em busca da transparência e do combate à corrupção. *In: Inf. Inf.*, Londrina, v. 19, n. 1, jan.-abr. 2014, p. 55-75. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul.-set. 1997, p. 271-282. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

PIRES, A. K. **Gestão pública e desenvolvimento**: Desafio e perspectivas. Brasília: Ipea, 2011, p. 61.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283- 295, jul.-set. 1996.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SANTOS, J. L. L. dos. **Transparência regulatória e controle social**: experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe. Brasília: Ed. Alia Opera, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível: fundamentos e técnica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. **Princípios constitucionais da Administração Pública.** *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 18 nov.2018.

STIGLITZ, Joseph. Transparency in government. In: WORLD BANK INSTITUTE. **The right to tell: the role of mass media in economic development.** Washington, 2002. Part.1, p. 27-44. Disponível em: . Acesso em: 18 nov.2018.

WLASSAK, Thomas. **O princípio da publicidade. Considerações sobre forma e conteúdo.** *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em 18 nov.2018.

OS JUROS DE MORA E A CORREÇÃO MONETÁRIA: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FORMA DE INCIDÊNCIA, À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

RAFAEL WANDERLEY DE SIQUEIRA ARAUJO:

graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Advogado integrante do Nilton Siqueira Advogados desde 2014.

RESUMO: Através do presente estudo, serão examinados os institutos da correção monetária e dos juros de mora no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com especial enfoque na sua natureza jurídica e forma de incidência. Será igualmente examinado o tratamento outorgado pelo Código Civil Brasileiro à correção monetária e aos juros moratórios, examinando-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o tema. O trabalho será realizado a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Processual Civil. Correção Monetária. Juros de Mora. Natureza Jurídica.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O conceito de correção monetária e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro; 2. A natureza jurídica da correção monetária; 3. O conceito de juros de mora e sua previsão no Código Civil; 4. A natureza jurídica dos juros de mora; 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A correção monetária e os juros de mora são institutos relevantes em quase toda lide de caráter econômico, por estarem intrinsecamente relacionados à moeda e ao seu valor monetário. A incompreensão desses institutos leva a que frequentemente sejam promovidas inovações legislativas e tomadas decisões judiciais em desacordo com sua natureza, não raramente enriquecendo ou empobrecendo alguma das partes envolvidas.

O objetivo do presente estudo é, pois, melhor esclarecer os institutos em referência, por sua inegável importância e rotineira aplicação prática, legitimando uma melhor aplicação às hipóteses concretas.

1. O CONCEITO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E SUA PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme conceitua Regina Binhara Esturilio, a correção monetária é “o meio econômico pelo qual se objetiva exatamente preservar o poder aquisitivo da moeda, corroído no tempo em face da inflação verificada em dado período de tempo”^[1], sendo mecanismo que corrige a expressão monetária das obrigações pecuniárias, consistindo “na aplicação de um índice oficial para reajustamento periódico do valor nominal de títulos públicos e privados, créditos fiscais e ativos patrimoniais” ^[2].

Cuida-se, nas lições de Mário Henrique Simonsen et al.^[3], de instrumento de adaptação a um ambiente inflacionado, tendo como objetivo primordial neutralizar os efeitos da inflação, a qual, por seu turno, segundo Yeda Crusius, é “um processo de alta generalizada e contínua do índice geral de preços, traduzindo-se na redução gradativa do poder de compra interno da moeda” ^[4].

Dessa forma, a correção monetária não gera ganho patrimonial ao credor nem enriquece ou empobrece qualquer das partes da relação; ao revés, apenas mantém incólume o patrimônio do credor, evitando o enriquecimento do devedor em seu prejuízo, em razão do decurso do tempo. Aumenta-se apenas o valor nominal da moeda, com o objetivo de preservar seu valor real^[5], sem valorização; afinal, o que se corrige é o valor da moeda, e não do bem^[6].

Em que pese a história econômica brasileira registrar tendência permanente no sentido da alta de preços^[7], a correção monetária apenas passou a ter papel de destaque no cenário nacional no final da década de 1920, de forma tímida e apenas aplicada em situações excepcionais, tendo em vista o aumento das importações e de emissão do papel-moeda^[8]. Amaury José Rezende^[9] observa que a introdução oficial da sistemática da correção monetária no País, contudo, apenas ocorreu em 1965, momento em que se passou autorizar a emissão de títulos da dívida externa corrigida pelos índices estabelecidos pelo governo. O Plano Real, nesse contexto, foi um marco na estabilização da moeda nacional, reduzindo drasticamente os índices de inflação verificados^[10], realidade que permanece até os dias atuais.

Mesmo após a conquista de uma moeda mais estável, a correção monetária permanece fundamental à preservação do valor real do patrimônio, de sorte que, conforme assentou o renomado jurista e então Ministro do Supremo

Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, em trecho de seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357/DF, da qual era Relator, com a didática que lhe é inerente,

deve corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabo de certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda - a cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição -, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária. [\[11\]](#)

Igualmente merecedoras de destaque são as lições do Ministro Luiz Fux, com pertinentes citações doutrinárias, em seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.947-SE (j. 20/09/2017), nos seguintes termos:

A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).[\[12\]](#)

Assim, a correção monetária não é penalidade, tampouco fruto civil do capital emprestado, mas apenas mantém o valor real do patrimônio, devendo incidir independentemente da ocorrência de qualquer ato ilícito ou de previsão contratual[\[13\]](#).

De certo, ao buscar a manutenção do valor real da moeda, a correção monetária objetiva eliminar ou ao menos minimizar os efeitos da inflação, sendo tal correção do valor monetário de responsabilidade do Estado, tido como maior responsável pelas inflações perturbadoras do preço[\[14\]](#). Com efeito, no Brasil a inflação é medida sobretudo através do Índice Nacional de Preços do Consumidor

Amplo (IPCA), divulgado mensalmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), contudo, há um grande número de índices de preços publicados para fins de correção monetária devido às variações regionais do país e às diferenças metodológicas de cada um [15]. A aplicação de cada um desses índices depende da natureza do débito [16], ressaltando Diego Ziemicki que geralmente “as decisões judiciais preveem o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) ou o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M)” [17].

2. A NATUREZA JURÍDICA DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Consoante ficou demonstrado, a correção monetária visa preservar o valor real da moeda, não podendo importar em enriquecimento ou empobrecimento de qualquer das partes. Segundo Marcos Cavalcante de Oliveira,

Moeda não é relação jurídica. Moeda é padrão. Padrão de valor. Moeda é instrumento. Instrumento de troca. Padrão de valor que serve como instrumento de troca e acumulação de riqueza. Moeda não é sujeito, mas objeto de direitos. Moeda é bem jurídico, e, como tal, objeto de direitos. [18]

Como padrão de valor que é, integrando o patrimônio do indivíduo [19], a moeda tem natureza jurídica peculiar, não se confundindo, contudo, com os critérios de correção monetária. Veja, a definição e a natureza jurídica da moeda são diversas das da correção monetária. Quanto à questão, Pontes de Miranda é esclarecedor:

A expressão “correção monetária” é elíptica. Não é a moeda que se corrige; é o valor da moeda. Mais precisamente: corrige-se o valor das dívidas ou das promessas em moeda, para que o valor, não corrigido, da moeda, deixe de ser nocivo às relações jurídicas entre devedores ou promitentes e credores ou promissários. [20]

É exatamente porque a correção monetária se cuida de mero regramento que visa garantir o valor real do patrimônio do credor, que a norma que fixa seus índices é considerada de natureza processual, gozando, pois, de aplicação imediata aos processos em curso, consoante entendimento firmado pelo Supremo

Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a teor das ementas abaixo transcritas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CDB. CLÁUSULA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PÓS-FIXADA. As normas que alteram o padrão monetário e estabelecem critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração aplicam-se de imediato, por serem consideradas leis de natureza estatutária. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgRg em AgRg em RE 217561, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/10/2009, DJe 29/10/2009)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 1. A norma que fixa índice de correção monetária é de natureza processual, tendo aplicação imediata. 2. Independentemente de ser posterior ao fato gerador, a lei que fixa índices de atualização não está sujeita ao princípio da anterioridade. 3. Recurso provido.

(STJ, REsp n. 179.027, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/06/2001, DJ 07/10/2002)

3. O CONCEITO DE JUROS DE MORA E SUA PREVISÃO NO CÓDIGO CIVIL

Os juros, nas lições de Silvio Salvo Venosa (2009), são “a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro” [21], e, como tal, diversamente da correção monetária, representam acréscimo ao patrimônio do credor.

Luiz Antônio Scavone Júnior, em sua brilhante obra “Juros no Direito Brasileiro”, define os juros de mora como “aqueles que decorrem do descumprimento das obrigações e, mais frequentemente, do retardamento da restituição do capital ou pagamento em dinheiro”, esclarecendo que “ainda que não haja e sequer sejam alegados prejuízos, são devidos juros moratórios” [22]. Isso porque, como bem complementa Fabiano Jantalia, “o legislador estabeleceu uma presunção de prejuízo ao credor pelo atraso no recebimento da coisa ou

quantia emprestada” [23]. É dizer, os juros de mora, como a própria denominação sugere, decorrem tão-somente da mora do devedor em cumprir a obrigação, independentemente de comprovação de perda patrimonial efetiva ou de qualquer outra condição.

O Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 1.062[24], previa que os juros moratórios, quando não convencionados entre as partes, incidiriam à razão de 6% (seis por cento) ao ano, ou seja, 0,5% (meio por cento) ao mês. O aludido percentual, porém, era apontado pela doutrina como uma causa da morosidade da Justiça, “por constituir estímulo decisivo a que as partes, já condenadas ou sem a possibilidade de êxito nas respectivas demandas, viessem a adiar o pagamento de seus débitos” [25], como observa Alan Dias Barros. O mesmo autor ainda alerta que o aumento dos juros de mora é fator fundamental para priorizar o pagamento mais rápido das condenações judiciais.

O legislador civil brasileiro, atento às críticas doutrinárias, inovou no Código Civil de 2002, ao estabelecer, em seu artigo 406[26], que quando não convencionados, os juros de mora serão aplicados conforme a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A fixação do referido índice a que se refere o Código Civil de 2002, contudo, permanece sendo objeto de relevante divergência doutrinária e jurisprudencial. Isso porque, os juros de mora incidentes sobre os impostos devidos à Fazenda Nacional, na forma dos artigos 84, I, da Lei n. 8.981/1995[27] e 13 da Lei n. 9.065/1995[28], são aplicados de forma conjunta com a correção monetária, mediante a aplicação da taxa SELIC, não havendo como distingui-los. Diferentemente dos índices de correção monetária, a referida taxa SELIC não leva em consideração apenas as variações inflacionárias, mas também é influenciada por outros fatores, tais quais a inflação, a taxa de desemprego, o volume de vendas do comércio, o nível de utilização da capacidade instalada, além de fatores externos, como o saldo da balança comercial e a recuperação da economia global, conforme assenta Luiz Antônio Scavone Júnior[29]. Assim, conclui o aludido autor que “trata-se, em verdade, de misto entre taxa de juros e índice de correção monetária, não espelhando os aumentos e diminuições de preços da economia, nada obstante esses elementos possam influir na sua fixação pelo Copom” [30] (Comitê de Política Monetária).

Assim, considerando que a SELIC não corresponde apenas ao índice compensador da mora no pagamento de impostos à Fazenda Pública - mas também o de correção monetária do débito - muito se discutiu sobre sua não adequação para os fins do artigo 406 do Código Civil, tendo o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na Jornada de Direito Civil realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, aprovado o seguinte enunciado:

Enunciado n. 20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.

A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

Conforme se percebe, tendo em vista a insegurança gerada pela impossibilidade de se conhecer previamente a taxa de juros a ser aplicada, ficou decidido pela não utilização da taxa SELIC para os fins de incidência dos juros de mora de que trata o artigo 406 do Código Civil, mas sim da taxa de 1% (um por cento) ao mês prevista no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, para as hipóteses em que "a lei não dispuser de forma diversa" [\[31\]](#).

Em que pese a problemática acima exposta, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (artigo 543-C do CPC), decidiu em sentido exatamente oposto, ou seja, consignando que a taxa a que se refere o artigo 406 do Código Civil Brasileiro é a SELIC (Recurso Especial n. 1.102.552/CE [\[32\]](#)), tendo resguardado sua não cumulação com qualquer outro índice de atualização monetária, abrangendo assim tanto os juros moratórios como a correção monetária. Não obstante, é possível colher decisões contemporâneas ao debate, da própria Corte Superior, no sentido de que "os juros moratórios incidem à taxa de 0,5%, ao mês, até o dia 10.1.2003, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916, e à taxa de 1%, ao mês, a partir de 11.1.2003, nos termos do art. 406 do

Código Civil de 2002” (STJ, REsp n. 971.721/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/03/2011, DJe 22/03/2011).

A divergência permanece atual, não sendo difícil localizar acórdãos do Superior Tribunal de Justiça em ambos os sentidos, a saber: (i) adotando o entendimento de que o índice de juros a que se refere o artigo 406 do Código Civil é a de 1% ao mês: STJ, AgRg no REsp 1.252.789/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 06/04/2017, DJe 18/04/2017; (ii) adotando o entendimento de que o índice de juros a que se refere o artigo 406 do Código Civil é a SELIC: STJ, REsp 1.706.536/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11/09/2018, DJe 21/11/2018).

A doutrina, assim como a jurisprudência, também não é pacífica sobre o tema. Com efeito, Alan Dias Barros, em sua obra “A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002” faz um brilhante apanhado, ressaltando, de início, o posicionamento majoritário da doutrina, segundo o qual a taxa a que se refere o artigo 406 do Código Civil é a de 1% prevista no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional:

Para Lisboa (2009, p. 365), francamente contrário à Taxa Selic, ‘é de se ponderar qual deve ser considerada a taxa vigente para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional’, pois ‘de outra sorte, a lei civil não estabelece que a taxa será aquela determinada pela Fazenda Nacional, mas sim aquela referente ao pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional’. (...)

Além da insegurança e da falta de operacionalidade, por supostamente não se conhecer previamente o seu índice, outras questões, como a violação ao Código Tributário Nacional, também aparecem como argumentos contrários à utilização da Taxa Selic, a exemplo de Farias e Rosenvald (2007, p. 453) ao acrescentarem que, por força do art. 34, do ADCT, da CF/88, o Código Tributário Nacional foi recepcionado como ‘lei materialmente complementar’, também sendo eles favoráveis à aplicação do CTN como aquele regulador citado pelo caput do art. 192, da CF/88; o

que viria a robustecer o uso do art. 161, §1º, do CTN, como o indexador previsto no art. 406 do CC. (...)

Em igual sentido, Gonçalves (2008, p. 385), que, aderindo às idéias de Scavone Júnior, defende a aplicação generalizada da taxa de juros do art. 161, caput, e §1º, do CTN, em 12% ao ano, afirmando que o CTN, a teor do que dispõe o art. 34 do ADCT, é, materialmente, 'Lei Complementar'. [33]

De igual modo, cita doutrina favorável à aplicação da taxa SELIC, destacando trecho da obra de Fabrício Zamprogna Matiello:

A limitação da taxa de juros, como posta no art. 406, visa a estabelecer critérios objetivos e regular a sua incidência de acordo com a realidade econômica vivenciada a cada momento. Assim, a cada variação da taxa de juros moratórios aplicada em proveito da Fazenda Nacional haverá correspondente alteração da taxa incidente sobre as relações privadas. Esse mecanismo humaniza e dinamiza as operações econômicas, promovendo mais justamente a remuneração do capital e o uso do dinheiro, ao mesmo tempo em que evita o enriquecimento sem causa de uma das partes e o imotivado empobrecimento da outra.[34]

Observa-se, destarte, que, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a taxa a ser aplicada para fins de juros de mora nas condenações em que a Fazenda Pública é credora, cujo conhecimento é fundamental para os fins do artigo 406 do Código Civil vigente, passou a ser controvertida tanto na jurisprudência como na doutrina pátria, oscilando entre o percentual de 1% ao mês previsto pelo artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, e a taxa SELIC, estabelecida pelos artigos 84, I, da Lei n. 8.981/1995 e 13 da Lei n. 9.065/1995.

4. A NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS DE MORA

Assim como a correção monetária, os juros de mora possuem natureza acessória, porque sempre decorrem de um crédito dito principal[35], tendo basicamente duas finalidades: remunerar o credor pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor, e cobrir os riscos do credor[36]. A acessoriedade dos juros moratórios, contudo, atenta Scavone Júnior[37], não deve ser interpretada como

se fossem eles parte integrante do principal, mas o que Vicente Ráo chamar de simples pertences, ou seja, "coisas destinadas e empregadas ao uso, ao serviço, ou ao ornamento duradouro de outra coisa, a qual, segundo a opinião comum, continuaria a ser considerada como completa, ainda que estes acessórios lhe faltassem"[38]. Dessa sorte, podem os juros (acessórios) ser exigidos independente do capital (principal)[39], com natureza jurídica de bens móveis, fungíveis, consumíveis, divisíveis e singulares[40].

Neste liame, irretocável é a definição proposta por Marcos Cavalcante de Oliveira[41]:

Juro é preço. É o preço da moeda no tempo. Como tal, ele é objeto de direitos subjetivos e sobre ele incide o poder assegurado pela ordem jurídica ao titular da moeda. Juro, portanto, é bem jurídico de natureza econômica, integrante do patrimônio.

Não possuem os juros, de forma significativa, como se poderia pensar, função inibitória, tal qual a multa ou a cláusula penal, podendo ser cobrado cumulativamente com os mencionados institutos, sem perigo de "bis in idem"[42].

Representam, assim, remuneração autônoma do credor, de caráter indenizatório por estar privado do capital, conteúdo, parte integrante do direito privado, de natureza material, conforme asseverou o eminente Ministro Marco Aurélio, Relator do Recurso Extraordinário n. 135.193, "in verbis":

Inicialmente, assento que os juros de mora são disciplinados no direito material. É no âmbito deste e, mais precisamente, na parte ligada a obrigações que são encontradas as balizas que os norteiam. Assim o é porquanto os juros moratórios mostram-se como compensação ou indenização devida ao credor pelo fato de ficar privado, temporariamente, de quantia a que tem direito. [43]

De tal forma, possuindo os juros moratórios caráter material, a incidência da lei que verse sobre sua incidência também detém natureza material, de maneira que, em tese, somente poderia ser aplicada aos processos ajuizados após sua entrada em vigor. A incidência mensal e periódica dos juros de mora, contudo,

denota que seu fato gerador se renova mês a mês, concluindo-se que a novel legislação pode sim ser aplicada àqueles (juros de mora) que nascerem na sua vigência, independente da data do ajuizamento da ação, como se aplicação imediata tivesse, sem prejuízo da preservação do ato jurídico perfeito.

5. CONCLUSÃO

A partir das bases firmadas no presente estudo, observa-se que a correção monetária nada mais é, senão mero instrumento de manutenção do poder aquisitivo da moeda (SIMONSEN et al, 1970, p. 301), em razão da perda decorrente da inflação em período determinado. Assim, sendo a correção monetária mero regramento que visa garantir o valor real da moeda, a norma que fixa seus índices possui natureza processual e, portanto, aplicação imediata aos processos em curso (STF, AgRg em AgRg em RE 217.561).

Os juros de mora, diferentemente, representam verdadeiro ganho do credor, compensado pela mora do devedor, como justa compensação. Decorrem do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro pelo devedor, representando acréscimo no patrimônio do credor, não dependendo sua incidência de comprovação de prejuízos (SCAVONE JÚNIOR, 2011, p. 131). Desse modo, juros de mora são remuneração autônoma do credor, de natureza indenizatória por estar privado do capital, possuindo natureza material (STF, RE 135.193). Não obstante, a nova lei que trata da matéria pode incidir imediatamente às ações pendentes, não pelo caráter instrumental do tema, mas sim pelo fato de que os juros se renovam a cada mês, podendo a inovação legal ser aplicada àqueles subsequentes à sua vigência, cujo direito já nasce sob sua égide.

Quando não convençados pelas partes, o Código Civil Brasileiro de 1916 previa a aplicação de juros moratórios à razão de 0,5% ao mês, índice majorado pelo artigo 406 do atual Código Civil, que determinou sua aplicação “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos à Fazenda Nacional”. Há, porém, relevante divergência jurisprudencial sobre o índice a que se refere o mencionado dispositivo legal, identificando-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decisões contemporâneas determinando a aplicação da SELIC e outras determinando a aplicação de 1% ao mês.

Ante a relevância da matéria, que toca inúmeros processos judiciais em tramitação no País, e visando outorgar maior segurança jurídica à questão, espera-se que, como Corte uniformizadora da jurisprudência pátria, o Superior Tribunal

de Justiça estabeleça, de forma definitiva, o índice a que se refere o artigo 406 do Código Civil. A medida se impõe inclusive para que a Corte Superior mantenha sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, por força do que determina o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alan Dias. A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

CRUSIUS, Yeda et al. **A economia da inflação**. Porto Alegre : UFRGS, 1992, apud RAMOS, Nediani Simón Ferreira. **Correção Monetária nos países do MERCOSUL**: Uma comparação entre a contabilidade uruguaia e a brasileira. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/109228/CCN0040-M.pdf?sequence=1> >. Acesso em 21/01/2019, 19:59h.

ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-33, 2003.

FRANCO, Fernão de Borba. **Execução em Face da Fazenda Pública**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

LOPES, Caio Torinho. **A Inflação Controlada e a Melhor Distribuição de Renda no Brasil após a Implantação do Plano Real**. 2011. Tese de Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. São Paulo: LTr, 2008. v. 2, p. 273. apud BARROS, Alan Dias, A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 50.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, apud SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REZENDE, Amaury José. **Um Estudo Sobre o Processo de Desinstitucionalização das Práticas Contábeis de Correção Monetária em Empresas no Brasil**. 2009. Tese de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. **A Correção Monetária**. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo.

SOUZA, Janes Ângelo de. Para Entender os Índices de Preços: uma Visão Moderna. **Revista de Economia da Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/769/460>> Acesso em: 23/01/2019, 10:17.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2.

ZIEMIECKI, Diego. **Condenação da Fazenda Pública: análise à luz da nova redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, trazida pela Lei n. 11.960/09**. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1264074084.pdf>. Acesso em: 21/01/2019, 20:02.

NOTAS:

[1] ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-33, 2003.

[2] Ibidem.

[3] SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. **A Correção Monetária**. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo. p. 301.

[4] CRUSIUS, Yeda et al. **A economia da inflação**. Porto Alegre : UFRGS, 1992, apud RAMOS, Nediani Simón Ferreira. **Correção Monetária nos países do MERCOSUL**: Uma comparação entre a contabilidade uruguaia e a brasileira. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/109228/CCN0040-M.pdf?sequence=1> >. Acesso em 21/01/2019, 19:59h.

[5] FRANCO, Fernão de Borba. **Execução em Face da Fazenda Pública**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 164.

[6] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 50. p. 682.

[7] SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald, op. cit. p. 15.

[8] REZENDE, Amaury José. **Um Estudo Sobre o Processo de Desinstitucionalização das Práticas Contábeis de Correção Monetária em Empresas no Brasil**. 2009. Tese de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 29.

[9] Ibidem, p. 30.

[10] LOPES, Caio Torinho. **A Inflação Controlada e a Melhor Distribuição de Renda no Brasil após a Implantação do Plano Real**. 2011. Tese de Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011.

[11] A íntegra do voto do então Ministro Relator Carlos Ayres Britto está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4357.pdf>>. Acesso em: 21/01/2019, 17:16.

[12] A íntegra do voto do Ministro Relator Luiz Fux está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>>. Acesso em: 21/01/2019, 17:18.

[13] JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

[14] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 50. p. 663.

[15] SOUZA, Janes Ângelo de. Para Entender os Índices de Preços: uma Visão Moderna. **Revista de Economia da Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/769/460>> Acesso em: 23/01/2019, 10:17.

[16] O autor Janes Ângelo de Souza, op. cit., ressalta que o Índice de Preços do Consumidor Amplo é o Índice Genérico de Inflação, devendo os demais serem adotados naqueles débitos de natureza especial, tendo em vista a existência de metodologias mais adequadas. De forma ilustrativa, Diego ZIEMICKI, em seu artigo "Condenação da Fazenda Pública: análise à luz da nova redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, trazida pela Lei n. 11.960/2009" ressalta que os créditos trabalhistas são corrigidos segundo o índice da Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), segundo o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87. Os créditos tributários, por seu turno, são atualizados pela taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), que abrange juros de mora e correção monetária (segundo a Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do REsp n. 1.073.846/SE, em 25/11/2009, em sede de recurso representativo de controvérsia.

[17] ZIEMIECKI, Diego. **Condenação da Fazenda Pública: análise à luz da nova redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, trazida pela Lei n. 11.960/09**. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1264074084.pdf>. Acesso em: 21/01/2019, 20:02.

[18] OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 153.

[19] Ibidem, p. 153.

[20] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 50. p. 677.

[21] VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157.

[22] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 131.

[23] JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.

[24] Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

[25] BARROS, Alan Dias. A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

[26] Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

[27] "Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; ([Vide Lei nº 9.065, de 1995](#))"

[28] Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a [alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994](#), com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo [art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995](#), o [art. 84, inciso I](#), e o [art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995](#), serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. ([Vide Decreto nº 7.212, de 2010](#))

[29] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97/100.

[30] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, op.cit. p. 110.

[31] Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

[32] “FGTS. CONTAS VINCULADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA DE JUROS. ART. 406 DO CC/2002. SELIC.

1. O art. 22 da Lei 8.036/90 diz respeito a correção monetária e juros de mora a que está sujeito o empregador quando não efetua os depósitos ao FGTS. Por sua especialidade, tal dispositivo não alcança outras situações de mora nele não contempladas expressamente.

2. Relativamente aos juros moratórios a que está sujeita a CEF - por não ter efetuado, no devido tempo e pelo índice correto, os créditos de correção monetária das contas vinculadas do FGTS-, seu cálculo deve observar, à falta de norma específica, a taxa legal, prevista art. 406 do Código Civil de 2002.

3. Conforme decidiu a Corte Especial, ‘atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)’ (REsp 727842, DJ de 20/11/08).

4. A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem (REsp - EDcl 853.915, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 24.09.08; REsp 926.140, Min. Luiz Fux, DJ de 15.05.08; REsp 1008203, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ 12.08.08; REsp 875.093, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 08.08.08).

5. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.” (STJ, REsp n. 1.102.552/CE, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 25/03/2009, DJe 06/04/2009)

[33] BARROS, Alan Dias. A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

[34] MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. São Paulo: LTr, 2008. v. 2, p. 273. apud BARROS, Alan Dias, op. cit.

[35] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 24. p. 65.

[36] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2. p. 79.

[37] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 56.

[38] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, apud SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, op. cit. p. 49.

[39] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, op. cit. p. 57.

[40] JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

[41] OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 364.

[42] SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, op. cit. p. 151.

[43] STF, RE 135.193, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1992, DJ 02/04/1993.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO PIAUÍ

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre o processo de tomada de contas especial na Administração Pública do Estado do Piauí.

Palavras-chave: Tomada de contas. Especial. Piauí.

Abstract: This article has the objective of succinctly doing a study on the process of special accountability in the Public Administration of the State of Piauí.

Keywords: Accounting. Special. Piauí.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre el proceso de toma de cuentas especial en la Administración Pública del Estado de Piauí.

Palabras clave: Toma de cuentas. Especial. Piauí.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública a fim de obter o respectivo ressarcimento. Essa dinâmica tem por base a apuração de fatos, a quantificação do dano, a identificação dos responsáveis.

A Tomada de Contas Especial - TCE é um instrumento de que dispõe a Administração Pública para ressarcir-se de eventuais prejuízos que lhe forem causados, sendo o processo revestido de rito próprio e somente instaurado depois de esgotadas as medidas administrativas para reparação do dano.

2 Desenvolvimento

As definições para TCE estão contidas no art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 71/2012 e no art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU nº 424/2016, a seguir transcritas:

“Tomada de Contas Especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.” (art. 2º, caput, da IN/TCU n.º 71/2012). “A Tomada de Contas Especial é o processo que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento. (art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU n.º 424/2016).

Os pressupostos para instauração de TCE estão descritos no art. 5º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016, in verbis:

“Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário. Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros: I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado; II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência; III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano; IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a

conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos." (NR)

O processo de tomada de contas especial tem como objetivos básicos:

- a) apurar os fatos que resultaram prejuízo ao erário;
- b) identificar e qualificar os agentes causadores do dano;
- c) quantificar o prejuízo sofrido pelos cofres públicos.

Tais objetivos possibilitam o alcance da finalidade principal de uma TCE, que consiste no ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos sofridos.

Características da Tomada de Contas Especial:

a) Deve ser instaurada a partir da autuação de processo específico, com numeração própria, em atendimento à determinação da autoridade administrativa competente (arts. 2º, caput, e 4º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

b) Deve conter as peças necessárias para a caracterização do dano, além das estabelecidas no art. 10 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016;

c) Constitui medida de exceção, somente devendo ser instaurada após esgotadas todas as medidas administrativas internas objetivando o ressarcimento do prejuízo ao Erário (art. 3º da IN/TCU nº 71/2012);

d) Deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União em até 180 (cento e oitenta) dias após a sua instauração (art. 11 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016); e

e) A TCE somente deve ser instaurada quando o valor do débito original:

i. no caso de fato gerador anterior a 1º/1/2017, acrescido da atualização monetária até 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00 (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

ii. no caso de fato gerador após 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00, sem atualização monetária (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016).

Outra distinção importante é que a TCE não é julgada pela autoridade administrativa que a instaura, mas sim pelo Tribunal de Contas da União – TCU, enquanto o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar é feito pela autoridade instauradora ou superior, dependendo da penalidade a ser aplicada, ficando o julgamento, em quaisquer circunstâncias, adstrito à própria Administração.

Deve prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, ou pelos quais o ente público 21 responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. O inciso V, do art. 6º da Lei Estadual nº 5.888/2009, dispõe acerca da jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Piauí que abrange, além dos órgãos, entidades e fundos da Administração Pública estadual e municipal, os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres.

Conforme disposto no caput do art. 68 da Lei Estadual nº 5.888/2009 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – compete à autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade solidária, adotar imediatamente providências com vistas à instauração de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação de danos, nos casos de:

a) omissão no dever de prestar contas, ou da não comprovação da aplicação dos recursos públicos administrados ou geridos;

b) ocorrência de indícios de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; ou

c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, de que resulte dano ao erário.

O primeiro e principal pressuposto para a instauração de um processo de TCE é a configuração de um dano ao erário. Tal dano pode estar de fato caracterizado, como é o caso de perda, extravio ou desvio de recursos, ou pode ser consequência de uma presunção advinda do fato do agente público deixar de prestar contas, ou não comprovar a devida aplicação do recurso utilizado.

A instauração da TCE poderá também ser decorrente de processo administrativo disciplinar, quando além da falha de conduta do servidor, for constatada, também, a prática de qualquer ato que resulte dano ao erário.

Em relação aos convênios em que o Estado é o repassador dos recursos, conforme o contido nos incisos I, II e III do art. 48 da Instrução Normativa Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, a Tomada de Contas Especial será instaurada quando:

I - não for apresentada a prestação de contas no prazo de até 30 dias, concedidos em notificação, pelo Concedente;

II - não for aprovada a prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo Convenente, em decorrência de:

- a) não execução total do objeto pactuado;
- b) falta de documento obrigatório;
- c) desvio de finalidade;
- d) impugnação de despesas;
- e) não cumprimento dos recursos da contrapartida;
- f) não utilização de rendimentos de aplicações financeiras no objeto pactuado;
- g) não devolução de eventuais saldos de Convênio.

III - ocorrer qualquer outro fato do qual resulte prejuízo ao erário."

Verificada a ocorrência de qualquer fato ensejador de TCE, a instauração do respectivo processo pode ser autorizada:

a) por iniciativa da autoridade administrativa máxima do órgão/entidade (Art. 68, caput da Lei Estadual nº 5.888/2009);

b) ex officio, por determinação do Tribunal de contas do Estado (Art. 68, parágrafo único da Lei Estadual nº 5.888/2009);

c) por recomendação da Controladoria-Geral do Estado (Art. 5º, inciso III, do Decreto Estadual nº 13.860/2009 e Art. 92, inciso III, §3º da Lei 5.888/2009).

O início do processo, com vistas à exigência de prestação de contas ou de ressarcimento ao Erário, caberá à autoridade administrativa competente, podendo ocorrer de ofício ou por solicitação da CGE ou do TCE-PI.

É fundamental ressaltar que, caso não comprovada a conivência entre a autoridade administrativa que constatou a irregularidade e o agente causador do dano, a responsabilidade daquela esgotar-se-á com a adoção de providências visando à reparação do prejuízo. Entretanto, a omissão da autoridade competente no que se refere ao dever de adotar as providências com vistas à apuração do dano e ao imediato ressarcimento ao Erário, no prazo máximo estabelecido em Resolução Normativa do Tribunal de Contas, é considerada grave infração à norma legal, sujeitando a referida autoridade à imputação das sanções cabíveis, sem prejuízo de caracterizar a sua solidariedade com o agente causador do dano ao erário.

O Controle Interno, por sua vez, tem o dever de dar ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária, de qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tome conhecimento, conforme dispõe o texto constitucional no § 1º do art. 74 (também ressaltado no art. 93, da Lei nº. 5.888/2009).

Além disso, poderá o Tribunal de Contas a qualquer tempo, determinar a instauração de TCE, fixando prazo para cumprimento desta decisão. (parágrafo único do art. 68, da Lei nº. 5.888/2009).

O procedimento de TCE não deve ser utilizado na ausência de pressupostos e:

- a) em substituição a procedimentos disciplinares para apurar infrações administrativas;
- b) para obter ressarcimento de valores pagos indevidamente a servidores;
- c) nos casos de prejuízos causados por terceiros por descumprimento de cláusulas contratuais legitimamente acordadas (exceto se for verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público).
- d) após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, salvo por determinação em contrário do Tribunal de Contas da União (§ 4º art. 5º da IN/TCU nº 56/2007);
- e) caso o valor do dano atualizado monetariamente seja inferior ao limite fixado pelo Tribunal para encaminhamento de tomada de contas especial; ou
- f) quando houver o recolhimento do débito no âmbito interno ou a apresentação e aprovação da prestação de contas.

Caso tenha sido constituído processo nessas hipóteses, a jurisprudência do TCU tem sido no sentido de arquivá-lo por falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do feito.

O fato gerador do prazo citado no item “d” deve ser contado (§ 2º do art. 1º da IN/TCU n.º56/2007):

“I – nos casos de omissão no dever de prestar contas e da não comprovação da aplicação de recursos repassados, da data fixada para apresentação da prestação de contas;

II – nos demais casos, da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela Administração”.

É de se destacar, ainda, que o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – RITCE-PI, tendo em vista o princípio da economicidade processual, também inseriu dispositivo constante do § 3º do art. 173, quanto à possível dispensa de elaboração do processo de TCE quando de ocorrências em

que ficar comprovado a ausência de má fé e o dano for prontamente ressarcido, in verbis:

“Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize má fé de quem lhe deu causa e se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal ficando dispensada, desde logo, a instauração de tomada de contas especial”.

De acordo o art. 175 do Regimento Interno do TCE/PI serão instauradas e instruídas no âmbito do próprio Tribunal de Contas, independente de apuração pelo órgão de controle interno, as tomadas de contas especiais cujo indício de dano ao Erário for de valor igual ou superior à quantia fixada em cada ano civil.

O valor deverá ser fixado pelo Tribunal de Contas do Estado em cada ano civil, até a última sessão ordinária do Plenário, para vigorar no exercício subsequente. No entanto, até a presente data o TCE-PI não fixou o aludido valor. (Regimento Interno do TCE/PI).

Se o dano for inferior à quantia a que alude o parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva prestação ou tomada de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para apreciação em conjunto pelo Tribunal de Contas.

Caso o valor seja inferior, a tomada de contas especial será anexada ao processo de tomada ou prestação de contas ordinária da autoridade competente, devendo o fato ser comunicado ao TCE/PI. Do contrário, caso o valor seja igual ou superior, a tomada de contas especial será encaminhada de imediato ao Tribunal de Contas do Estado para julgamento.

Para elaboração de uma TCE, além da constatação do prejuízo causado por um dano, real ou presumido, esse prejuízo deve ser quantificado, constituindo um débito para com os cofres públicos. Este débito deve possuir significado econômico de modo a justificar o procedimento especial de apuração e cobrança.

Juntamente com a existência do débito, deve estar configurada a conduta culposa ou dolosa do agente público. Sendo assim, para a responsabilização de um ou mais agentes públicos, deve ficar comprovado o nexo causal entre a conduta dos mesmos e o dano causado ao erário.

O responsável pela conduta deve estar devidamente identificado, haja vista que em caso da comprovação de sua responsabilidade, o mesmo terá a obrigação de ressarcir o dano causado aos cofres públicos.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados, nos termos do art. 8º da IN/TCU n.º 56/2007, com observância da legislação vigente e com incidência a partir:

“I - da data do recebimento dos recursos ou da data do crédito na respectiva contracorrente bancária, no caso de ocorrência relativa a convênio, contrato de repasse ou instrumento congêneres;

II - da data do evento, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração, nos demais casos”.

No caso de desaparecimento ou desvio de bem, a base de cálculo dos encargos deve ser o valor de mercado ou de aquisição do bem igual ou similar, no estado em que se encontrava, com os acréscimos legais (art. 8º, parágrafo único, da IN/TCU n.º 56/2007).

Considerando o que estabelecem o § 1º do art. 21 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 01/2009 e o § 4º do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, os recursos transferidos através de convênios, enquanto não empregados na sua finalidade, devem ser aplicados em caderneta de poupança de instituição financeira oficial, se a previsão para o uso do recurso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em título da dívida pública federal, quando sua utilização estiver prevista para prazos menores.

Para o cálculo do débito correspondente à não aplicação, deverá ser identificado o período em que os recursos ficaram paralisados em conta corrente bancária e, a partir deste dado, apurado o valor que deixou de ser auferido com a

não aplicação, conforme o caso, levantando-se os índices ocorridos no período, que podem ser pesquisados por meio de acesso ao sítio eletrônico do Banco Central do Brasil – BACEN (www.bcb.gov.br).

Quando da identificação de irregularidade ou ilegalidade, o órgão ou entidade deverá, antes da instauração da TCE, adotar providências no sentido de regularizar o fato lesivo ao Erário, em observância ao princípio da economia processual.

Neste sentido, deverá a autoridade administrativa notificar o(s) responsável(is) pelo fato danoso e abrir prazo de, no máximo, 30 (trinta) dias para que o(s) mesmo(s) regularize(m) o fato. Ao mesmo tempo, a autoridade adotará, conforme o caso específico, medidas acautelatórias, a saber:

- a) suspensão da liberação de parcela de recursos ainda não transferida;
- b) suspensão da assinatura de novos convênios com o(s) responsável(is) pelo fato;
- c) suspensão de novo pagamento de concessão, de nova subvenção, auxílio ou contribuição.

Comprovada a boa-fé e a imediata reparação do dano pelo(s) responsável(is), fica dispensada a instauração da tomada de contas especial. Entretanto, deverá ser o fato comunicado ao Tribunal de Contas pela autoridade competente em sua tomada ou prestação de contas ordinária (§ 3º do art. 173 do Regimento Interno do TCE-PI).

Caso contrário, ou seja, não tendo sido regularizado o fato e nem reparado o dano, a autoridade administrativa é obrigada, sob pena de responsabilidade solidária, instaurar a tomada de contas especial, bem como manter as medidas acautelatórias mencionadas acima.

Quando tratar-se de convênios o fato deverá, ainda, ser registrado no SISCOB – Sistema de Gestão de Convênios Estaduais, na aba TCE (Tomada de Contas Especial). Na forma do art. 49 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, in verbis:

Art. 49 . . .

Parágrafo único. As informações referentes às notificações, a abertura da Tomada de Contas Especial e sua conclusão deverão ser inseridas no SISCON pelo Órgão ou Entidade Concedente, no módulo respectivo.

O processo de TCE será constituído pelas peças definidas em ato normativo do Tribunal de Contas do Estado, conforme preceitua o art. 174 do Regimento Interno do TCE-PI, in verbis:

Art. 174. Os processos de tomada de contas especiais instauradas por determinação da autoridade administrativa competente ou do Tribunal de Contas deverão conter os elementos especificados em ato normativo, sem prejuízo de outras informações e/ou documentos que permitam a análise e apuração acerca da responsabilidade ou não pelo dano verificado.

O TCE-PI através da Instrução Normativa Nº 05/2018, de 23 de agosto de 2018 definiu, em ato próprio, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas:

Art. 1º. Acrescentar o §3 ao art. 2 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 2. (...)

§3º Independentemente da vigência do convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres, a autoridade competente deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial, em qualquer das seguintes hipóteses:

I - houver transcorrido prazo de 360 dias do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de

contas ou comprovação dos referidos recursos. Estado do Piauí Tribunal de Contas do Estado.

II - houver transcorrido prazo de 180 dias da aplicação do recurso pelo adiantado, concedido ou conveniente oriundo do adiantamento, concessão ou repasse sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

III - houver transcorrido prazo de 90 dias da extinção do contrato firmado pelo adiantado, concedido ou conveniente, referente ao objeto da avença pactuada, oriundo do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

Art. 2º. Alterar o inciso II, do art. 8 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 8. (...)

II - houver transcorrido prazo superior a cinco anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Para orientação dos membros das comissões, adotar-se-á, como diretiva, a IN nº 56/2007 do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 4º da referida IN, integram o processo de TCE:

a) Ficha de Qualificação do Responsável, indicando:

- Nome completo;
- Número do CPF e RG;
- Endereço residencial, profissional e número de telefone;

- Cargo, função e matrícula, quando se tratar de servidor público.
- b) Cópia integral do processo de transferência de recursos, juntamente com a prestação de contas, quando for o caso;
- c) Demonstrativo Financeiro do Débito, indicando:
 - Valor original;
 - Origem e data da ocorrência;
 - Parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso.
- d) Relatório do Tomador de Contas, com indicação circunstanciada das providências adotadas pela autoridade competente, inclusive quanto a expedientes de cobrança de débito remetidos ao responsável.
- e) Certificado de Auditoria emitido pela Controladoria Geral do Estado, acompanhado do respectivo Relatório, que trará manifestação expressa dos seguintes quesitos:
 - Adequada apuração dos fatos, com indicação das normas ou regulamentos eventualmente infringidos;
 - Correta identificação do(s) responsável(is);
 - Precisa quantificação do dano e das parcelas eventualmente recolhidas;
 - Identificação da autoridade administrativa responsável pela ausência de adoção das providências cabíveis, quando for o caso.
- f) Pronunciamento do Secretário de Estado supervisor da área ou Autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí;
- g) Cópia do Relatório da Comissão de Sindicância ou de Inquérito, acompanhado de cópia dos documentos que caracterizam a responsabilidade apurada, se for o caso;

h) Cópia das Notificações de cobrança, expedidas ao responsável, acompanhadas de Aviso de Recebimento ou qualquer outra forma que assegure a certeza da ciência do interessado;

i) Outros elementos que contribuam para caracterização do dano e da responsabilidade.

O processo de TCE será instaurado no âmbito da entidade concedente dos recursos transferidos por meio de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, ou onde ocorreu o dano ao Erário e, após concluído, encaminhado à CGE para fins de certificação das contas.

Recebido o processo pela Controladoria-Geral do Estado, esta verificará: · se o processo está composto das peças estabelecidas no art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007;

· se há pressupostos para a sua instauração, com demonstração da ocorrência de dano ao Erário; e

· se o responsável foi apropriadamente identificado e notificado, se o dano está corretamente quantificado e se os fatos estão adequadamente descritos.

Estando o processo em condições de ser levado a julgamento pelo TCE-PI, serão expedidos Relatório, Certificado de Auditoria e Parecer da Controladoria Geral do Estado do Piauí. Posteriormente, será encaminhado ao Secretário de Estado supervisor para o respectivo Pronunciamento e enviado pelo órgão/entidade ao Tribunal de Contas do Estado, para julgamento, concluindo-se a fase interna da TCE.

Caso o processo não esteja adequadamente formalizado, este será devolvido à origem, em diligência, onde serão apresentadas as providências para regularização das inconsistências.

Com a entrada da TCE no Tribunal de Contas do Estado, iniciasse a fase externa do processo de contas, na qual o responsável será julgado, podendo o processo receber os seguintes tipos de julgamento:

· Regular;

- Regular com ressalvas; e
- Irregular.

Ocorrendo um dos motivos determinantes para a instauração do processo, a autoridade responsável formalizará o ato de instauração da TCE. Em seguida, reunirá as pessoas que pretende designar para compor a comissão, esclarecendo-lhes o objetivo do trabalho, as possibilidades de recusa do encargo, de suspeição ou impedimento. Em seguida, lavrará a Portaria de designação, entregando-lhes o documento de instauração da TCE.

O processo tem seu início com o ato de instauração da autoridade responsável, ou seja, autuação de processo específico.

O ato de Instauração, emanado da autoridade administrativa competente, deve conter a descrição sucinta dos fatos ensejadores da Tomada de Contas Especial e expressa menção à data e à forma pela qual a autoridade tomou conhecimento.

Através de portaria será designado servidor ou comissão responsável pelos trabalhos.

A Portaria deverá, para sua validade, observar os seguintes balizamentos:

- o ato, normalmente conhecido como “baixar a Portaria”, deverá ser praticado por autoridade competente;
- designar os membros, qualificando-os funcionalmente, com a menção do posto, graduação, cargo ou função e a matrícula, registrando quem presidirá os trabalhos;
- citar o objetivo e o prazo para conclusão dos trabalhos.

É preciso que conste no processo o objeto da apuração, sob pena de o trabalho ficar sem rumo claro e definido.

O princípio da publicidade dos atos e dos contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos

interessados diretos, com a devida publicação no Diário Oficial do Estado, respeitando o grau de sigilo adequado.

Os trabalhos da Comissão deverão iniciar-se com uma reunião dos membros, na qual deverá ser indicado quem se responsabilizará pela autuação do processo e dos documentos já recebidos, quem deverá ser notificado para prestar depoimento, quais as diligências que já poderão ser promovidas e quais outras providências que serão adotadas em relação aos fatos a serem apurados. Desta reunião será lavrada ata.

As providências relativas à documentação dos fatos ocorridos deverão ser permanente preocupação da Comissão, com o máximo de rigor formal, vez que é possível que os autos da TCE sejam submetidos à apreciação judicial. É comum observar processos com as seguintes falhas ou impropriedades:

- folhas sem numeração;
- documentos sem Termo de Juntada; · cópias sem autenticação, quando necessária (ônus da prova, documento da Administração);
- cópias em excesso; e
- depoimentos sem assinatura.

Esses fatos não geram, isoladamente, a nulidade do processo, mas impõem um descrédito às apurações, na medida em que facilitam a ocorrência de fraudes.

Por isso, uma das primeiras providências da Comissão deverá ser autuar o processo, com a colocação de uma capa, identificando-o com um número, data da autuação, indicando que se trata de TCE, 38 fazendo a juntada dos documentos já recebidos, numerando e rubricando as folhas.

A esses autos serão juntados, posteriormente, todos os documentos que se referirem aos fatos em apuração. Da autuação, também, lavrar-se-á um termo, que ficará no processo.

Todos os documentos que sucederem o Termo de Autuação serão colocados no processo precedidos de "Termo de Juntada". Este procedimento, que se

materializa numa simples declaração, poderá ser lavrado no verso do documento anterior e indicará o que será juntado e as respectivas folhas do processo. Com tal providência, se vier a desaparecer uma folha, bastará ir consultando o “Termo de Juntada” e imediatamente se terá conhecimento da peça faltante e sobre o que versava, facilitando a solicitação de cópia ao expedidor, quando for o caso.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados pelo Sistema de Atualização de débito do Tribunal de Contas da União, disponibilizado no link abaixo:

<http://contas.tcu.gov.br/debito/Web/Debito/CalculoDeDebito.faces>

ou na página eletrônica do Tribunal de Contas da União, clica no link Serviços e consultas, depois clica em Atualização de débito e logo em seguida clica em Sistema de Atualização de débito.

O Sistema de atualização de débito gera um relatório resumido do valor atualizado (principal mais juros), além de outras informações adicionais (nome do responsável, função, origem do débito, período, etc).

Saliente-se que o montante do débito constante no demonstrativo está descrito na última linha, acompanhado do detalhamento do cálculo.

O Demonstrativo de Débito deverá ser impresso e anexado ao processo. O demonstrativo financeiro do débito deve ser organizado por tipo individualizado de dano ao erário, indicando:

- a) valor original;
- b) origem e data da ocorrência;
- c) parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso;

O relatório do tomador de contas constitui a peça mais importante do processo, pois servirá de base aos pronunciamentos e ajuizamentos posteriores, devendo, portanto, ser corretamente instruído e fundamentado.

O relatório circunstanciado, assinado por todos os membros da comissão ou pelo servidor designado, deverá abranger os seguintes elementos:

a) descrição cronológica dos fatos apurados, especificando o motivo determinante da instauração, origem e data da ocorrência e/ou do conhecimento do fato;

b) relação de documentos e instrumentos que respaldaram a conclusão do referido relatório pelo servidor designado ou pela comissão, os quais integrarão os autos da tomada de contas especial;

c) relação dos responsáveis, indicando nome, CPF, endereço e, se servidor público, cargo e matrícula;

d) demonstrativo financeiro do débito contendo o valor original, valor atualizado acompanhado de memória de cálculo e, se for o caso, valores das parcelas recolhidas e data do(s) recolhimento(s), com os respectivos acréscimos legais;

e) recomendação de providências a serem adotadas pela autoridade administrativa competente.

Assim, após a manifestação do tomador de contas, os processos de TCE serão organizados e encaminhados à CGE, pelo titular do órgão ou entidade, instruídos com todos os documentos.

No caso de processos de Tomada de Contas Especial relacionadas a convênios, deverá ser procedido registro do conveniente como inadimplente no Sistema de Gestão de Convênios – SISCON (inciso I do art. 42 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº001/2009).

Lembrando que a não apresentação da prestação de contas final no prazo estabelecido no artigo 38 da referida Instrução Normativa, acarretará o lançamento automático do conveniente como inadimplente no SISCON.

A CGE emitirá um Relatório e um Certificado voltado para o julgamento dos fatos. O Relatório, elaborado por Auditor Governamental formalmente designado, terá como base os documentos e informações repassadas pelo tomador de contas,

verificando-se a consistência dos dados. Não havendo essa consistência, é obrigatório que o auditor aprofunde o exame dos autos, devendo posicionar-se, inclusive quanto ao mérito, no sentido de demonstrar: Adequada caracterização dos fatos, indicando as normas eventualmente infringidas;

- a) Correta identificação e qualificação do(s) responsável(is);
- b) Precisa quantificação do dano;
- c) As providências que a autoridade administrativa deverá adotar para regularizar o fato e resguardar o Erário de futura repetição.

Quando se tratar de recurso relativo a convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, o Certificado e o Relatório de Auditoria devem conter manifestação sobre: a observância das normas legais e regulamentares pertinentes pelo concedente; a celebração do termo, avaliação do plano de trabalho e demais documentos constantes da solicitação de recursos; fiscalização do cumprimento do objeto; e tempestividade da instauração da tomada de contas especial (§ 1º do art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007).

Poderá ocorrer que o Relatório da CGE seja coincidente com o da Comissão, hipótese em que a fundamentação das conclusões poderá apenas se reportar ao relatório do tomador, de forma simples.

Caso contrário, impõe-se esclarecer e justificar os motivos e as razões pelas quais não acolhe a posição sustentada pela Comissão de TCE. Já em seu Certificado que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada.

Concluídos os procedimentos de competência da CGE, os processos de tomada de conta especial serão devolvidos aos órgãos ou entidades de origem, para serem instruídos com o pronunciamento do responsável pela instauração e encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

O Secretário de Estado supervisor da área ou a autoridade de nível hierárquico equivalente "atestará" haver tomado conhecimento das conclusões a que chegaram o tomador de contas e o controle interno (CGE). Registre-se que o pronunciamento deverá ser expresso e indelegável, conforme determina o art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, in verbis:

Art. 94. O Secretário de Estado ou de Município supervisor da área, ou a autoridade de nível hierárquico equivalente, emitirá, sobre as contas e o parecer exarado pelo sistema controle interno, expresso e indelegável pronunciamento, no qual atestará haver tomado conhecimento das conclusões nele contidas.

Considerando que o último pronunciamento acerca da Tomada de Contas Especial é de responsabilidade do Secretário de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, caberá ao mesmo remeter o processo ao Tribunal de Contas do Estado, devidamente protocolado.

Neste ponto, cabe ressaltar que o processo de Tomada de Contas Especial deverá encontrar-se devidamente instruído e em perfeitas condições para que o Tribunal possa imediatamente citar o(s) responsável(is).

Na mesma data do encaminhamento do processo ao Tribunal de Contas do Estado, os órgãos e entidades deverão remeter, à Controladoria-Geral do Estado, cópia do Pronunciamento do Secretário de Estado e do respectivo comprovante de entrega do processo ao próprio julgamento das contas pela irregularidade já apresenta, como consequência, a inclusão no cadastro a ser enviado à Justiça Eleitoral, a partir do qual o responsável poderá figurar na lista de inelegíveis.

O responsável poderá ser declarado inadimplente no Sistema Integrado de Administração Financeira para Estado e Municípios (SIAFEM) e no Sistema de Gestão de Convênios (SISCON), e, conseqüentemente, ficará impedido de receber novas transferências. Por último, vale lembrar que, com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência dos Tribunais de Contas e até mesmo de cortes judiciais, firmou-se o entendimento de que as ações de ressarcimento de danos causados ao erário são imprescritíveis, entendimento esse que se aplica à Tomada de Contas Especial.

A inscrição no Cadastro Geral de Inadimplentes do Piauí – CAGIN encontra-se regulada pela Lei n.º 5.859, de 01/07/2009, constituindo-se num banco de dados onde se acham registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito com órgãos e entidades estaduais. O tomador de contas inscreverá no

CAGIN o nome do agente responsabilizado na TCE, em conformidade com os ditames da Lei nº 5.859/2009.

De acordo com o art. 6º da referida Lei, é obrigatória a consulta prévia ao CAGIN pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, direta e indireta, para:

“I - realização de operações de crédito, concessão de garantias de qualquer natureza e respectivos aditamentos;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - licitação de serviços e fornecimento de materiais;

IV - pagamento a fornecedores;

V - inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS;

VI - concessão de regime especial ou credenciamento de natureza tributária;

VII - restituição de valores recolhidos indevidamente ou em duplicidade;

VIII - celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos ou instrumentos congêneres que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos e respectivos aditamentos”.

O disposto no aludido artigo não se aplica à concessão de auxílios a municípios atingidos por calamidade pública decretada pelo Governo Estadual. De acordo com o art. 3º da referida Lei, cabe à Secretaria da Fazenda expedir orientação de natureza normativa, inclusive quanto ao disciplinamento das respectivas inclusões e exclusões.

A fase externa inicia-se com o ingresso do processo no Tribunal de Contas, que terá a incumbência de firmar a responsabilidade dos agentes envolvidos e, ao final, julgar as contas, ponderando os aspectos atinentes à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à eficácia e à eficiência dos procedimentos adotados pelas autoridades administrativas. Assim, respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório, transcorridas todas as etapas de tramitação, o julgamento da decisão definitiva de mérito da TCE poderá ser regular, regular com

ressalva ou irregular, nos termos do art. 122 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

As contas podem, ainda, ser consideradas ilíquidáveis ou arquivadas, sem julgamento do mérito, por falta de pressupostos válidos e regulares para sua constituição. Ressalte-se que a decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, conforme o artigo 135 da multicitada Lei Orgânica do Tribunal, cabendo à Procuradoria Geral do Estado (PGE), devidamente autorizado pelo Tribunal, a cobrança judicial do débito, caso o mesmo não seja voluntariamente recolhido.

Art. 139 ... II – encaminhar peças processuais aos órgãos competentes para que adotem as providências necessárias à efetivação da execução da decisão definitiva.

Compete à Controladoria Geral do Estado:

I - Orientar sempre que necessário, a condução dos trabalhos da comissão ou servidor designado.

II - Instruir os autos da TCE com relatório conclusivo. I

II - Emitir certificado sobre a regularidade ou irregularidade das contas tomadas. Caberá à CGE, quando constatar a ocorrência de alguns dos fatos que autorizem a instauração da TCE, recomendar ao titular da UG responsável que faça a instauração no prazo máximo de 10 dias corridos, contados da data da ciência da recomendação.

Compete à CGE alertar, formalmente, o chefe do Poder Executivo ou titular da Unidade Gestora competente, conforme o caso, para fins de instauração da TCE, comunicando o fato ao TCE/PI, na forma do item 2.5 - Omissão da autoridade responsável pela instauração, sob pena de responsabilidade solidária.

No caso de convênios de despesa, em que o Estado é repassador de recursos, compete ainda à CGE:

I - Manifestação quanto ao cumprimento, pelo concedente, das normas legais e regulamentares referentes à:

- a) Celebração do termo;
- b) Avaliação do plano de trabalho;
- c) Fiscalização do cumprimento do objeto;
- d) Instauração tempestiva da TCE;

II - bloqueio do conveniente inadimplente ou em situação irregular, com vistas ao não recebimento de novas liberações financeiras, quando a UG não o fizer;

III - inclusão do conveniente inadimplente na conta "Diversos Responsáveis", quando o ordenador de despesa da UG não o fizer.

A responsabilidade solidária é fixada pelo TCU, conforme prevê o art. 8º da Lei n.º 8.443/92 e pelo TCE/PI, conforme prevê o art. 68 da Lei 5.888/2009 (Lei Orgânica do TCE/PI). Sobre o assunto, merecem destaque os entendimentos expressos nas Súmulas 186, 187 e 227 do Tribunal de Contas da União.

Conclusão

É certo que a fiscalização sobre os atos praticados por aqueles que recebem recursos por meio de convênio e sobre a correta aplicação de dinheiros públicos torna-se cada vez mais necessária e, por sorte, mais efetiva, não só pelos órgãos de controle, mas também pelos repassadores de recursos, principalmente por conta da observância aos princípios contemplados no art. 37 da Constituição Federal.

A Tomada de Contas Especial é uma medida de exceção que visa apurar a real aplicação dos recursos públicos, no caso de omissão ou dano ao erário.

Referências

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2. ed. Brasília, DF: Editora Brasília Jurídica, 1998.

BARROS, Emílio Carlos da Cunha. **Gestão de Recursos Públicos e Gestão Administrativa**. Brasília, DF: Brasília.

<http://www.cge.pi.gov.br/phocadownload/Manuais/manual-tomada-de-contas-especial-1edio.pdf>

<http://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2018/09/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-n%C2%BA-05-18-Altera-IN-3-sobre-Tomada-de-Contas-Especial.pdf>

O ERRO MÉDICO E A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

MILA ALVES DE OLIVEIRA SOARES: Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe.

RESUMO: O artigo tem como objetivo tratar sobre o erro médico e ação de indenização, discorrendo sobre os legitimados para propor a ação, bem como a quem cabe o ônus da prova. Por fim, trata sobre os tipos de indenização e o seguro médico. O trabalho fundou-se em técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de diversos recursos, como: livros, revistas especializadas, legislação e jurisprudência e artigos publicados na internet, sendo utilizada a abordagem qualitativa nas quais os dados serão lidos, analisados, interpretados e descritos. O método principal a ser utilizado foi o dedutivo, pois parte de princípios e teorias gerais para se chegar ao resultado pretendido e como auxiliar o histórico e o comparativo. Já o método qualitativo foi usado, pois foram lidos diversos livros, revistas, jurisprudências e códigos e todos eles serão analisados, testados e transcritos numa hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: responsabilidade civil, erro médico, ação, indenização, legitimados, ônus, prova, inversão, seguro.

Summary: The article aims to deal with medical error and indemnity action, discussing those legitimated to propose the action, as well as who is responsible for the burden of proof. Finally, it deals with the types of indemnity and the medical insurance. The work was based on documentary and bibliographical research techniques, using a variety of resources, such as: books, specialized journals, legislation and jurisprudence and articles published on the internet, using the qualitative approach in which the data will be read, analyzed, interpreted and described. The main method to be used was deductive, since it is based on principles and general theories to arrive at the desired result and as an aid to historical and comparative. The qualitative method was used, since several books, journals, jurisprudence and codes were read and all of them will be analyzed, tested and transcribed in a legal hermeneutics

Key words: civil liability, medical error, action, indemnification, legitimacy, liens, proof, inversion, insurance.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2.AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. 2.1 LEGITIMADOS E ÔNUS DA PROVA. 2.2 RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO.

2.3 REPARAÇÃO POR DANO ESTÉRICO E PELA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. 3.SEGURO MÉDICO. 4. CONCLUSÃO. 5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo dispõe sobre a ação de indenização decorrente do erro médico versando sobre quem são as partes legítimas e a quem pertence o ônus de provar o evento danoso. Indaga também quem são os responsáveis pelo pagamento da indenização, discorrendo, ainda sobre a reparação nos casos de dano estético e diminuição da capacidade laborativa.

2 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

2.1 Legitimados e Ônus da Prova

Na ação de indenização devido a um erro médico, o principal legitimado para propositura da ação é a vítima do evento danoso, ou seja, o paciente que teve sua integridade física ou moral violada devido à conduta culposa do profissional da saúde, sendo esse capaz de propor a ação. No caso de ser menor de idade ou incapaz, deverá ser assistido ou representado por seus pais, curador ou tutor responsável. Caso a vítima faça a opção de não ajuizar a demanda, ninguém mais poderá ajuizar por ela, mesmo que venha a falecer posteriormente à renúncia, pois se trata de uma ação na qual só pode impetrar o lesado imediato pelo dano. Importante ressaltar que, caso a vítima venha a falecer durante o procedimento médico, poderá ser impetrada a ação por um dos legitimados do art. 110 do CPC, quais sejam, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, já que o óbito da vítima durante o procedimento impediu que a mesma tomasse qualquer providência quanto ao ajuizamento da ação. Vindo a falecer a vítima após a ação ter tido início, o espólio será a parte legítima a proceder com a ação e receber a indenização caso

tenha sido deferida já que se trata de natureza patrimonial e a mesma transfere-se aos sucessores. Sobre essa legitimidade, faz-se mister destacar o que afirma Nehemias Domingos Melo (2008, p. 160):

Se a própria vítima ingressar com ação de ressarcimento por danos morais em face de sequelas causadas por erro médico, ninguém mais poderá demandar o mesmo médico sob o mesmo pretexto. Seria insustentável para o lesante que, a todo tempo, estivesse sujeito a novas ações visando à indenização pelo mesmo fato que já debateu com a vítima.

Com relação à legitimidade passiva, será legítimo o profissional que tiver dado causa ao dano, assim como aqueles que estiverem obrigados por lei ou contrato a recompor o prejuízo tanto da vítima como dos que são legitimados para intentar com a ação. Existe uma espécie de escala quanto àqueles que devem ser legitimados passivos na ação de indenização: em primeiro lugar, está o médico que cometeu o erro, seguido dele está o estabelecimento hospitalar que responderá pelos danos causados por erro de médicos que são seus funcionários, havendo ainda a possibilidade de legitimar as empresas responsáveis por explorar os planos de saúde e que funcionam na condição de fornecedoras de serviços. Fazendo uma interpretação do art. 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que não só os médicos, mas também os hospitais devem responder pelos danos que decorrem de erro na prestação de seus serviços, haja vista que há interesse econômico nas duas partes.

Antes de analisar a incumbência do ônus da prova, Suzana Lisbôa Lumertz (1997, p. 32) adverte que ao médico, na condição de profissional liberal, a responsabilidade civil será apurada mediante verificação de culpa de acordo com o art. 14, §4º do CDC. Porém, esse mesmo artigo no seu caput afirma, caso se trate de serviços médicos prestados por um hospital, sendo este fornecedor de serviços, a responsabilidade não irá depender de existência de culpa. Conclui-se, então, que se um médico trabalhar em um hospital responderá desde que comprovada sua culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será objetiva, ou seja, sem ser necessária a verificação de culpa.

O art. 373 do CPC afirma que quando se tratar de fato constitutivo de direito o ônus da prova cabe ao autor da ação, a vítima do evento danoso, mas tratando-

se de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor o ônus da prova passa a ser do réu, ou seja, o médico e/ou os responsáveis solidários. A prova, numa ação de indenização, ou em qualquer outro tipo de ação, configura-se como o meio para demonstrar a veracidade de uma informação de forma que convença os julgadores que o direito posto em apreciação tem fundamento. As provas podem ser diretas, ou seja, fornecem ao magistrado os elementos para o convencimento da ocorrência, como por exemplo, o depoimento pessoal, a confissão, os documentos, as testemunhas, a perícia e a inspeção judicial. Podem ser ainda indiretas, que são feitas através de indícios e presunções para a formação do livre convencimento motivado do juiz. Em relação ao lado técnico podem aparecer algumas dúvidas devido ao corporativismo da classe médica. É evidente que numa ação judicial de erro médico o laudo é de extrema importância já que se trata o magistrado de um leigo sobre o assunto, confiando naquilo que consta na perícia. Porém, deve a prova ser recebida com cautela devido à solidariedade profissional que vem a ser a tendência de alguns peritos que acreditam ter que isentar o colega pelo ato incriminado, pois compartilham os dois da mesma profissão.

O Código de Defesa do Consumidor traz uma das maiores inovações quanto ao ônus da prova e um importante instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo que é a inversão do ônus probante. Essa inversão decorre das diversas situações em que fica extremamente difícil o consumidor fazer a prova do seu direito já que é um leigo no assunto ou porque os elementos da prova encontram-se nas mãos do fornecedor que nesse caso é o médico ou o hospital responsável, sendo eles os que têm melhores condições de produzi-la. Como a responsabilidade do fornecedor de serviço é objetiva, todas as vezes que o mesmo figurar no polo passivo e for referente a falhas na prestação dos serviços do hospital, clínica ou similares, será imposta a inversão do ônus da prova decorrente da própria lei, ou seja, não precisa ser provocada por nenhuma condição ou decisão do juiz. O fornecedor de serviço só não será responsabilizado caso prove a existência de causas excludentes de responsabilidade como quando o defeito não existir ou a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, I e II do CDC). Em relação ao profissional liberal, não há objeção alguma a inversão do ônus da prova, mesmo tratando-se de responsabilidade subjetiva.

Em relação ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, o Código de Processo Civil, no seu art. 357, III, afirma ser no momento do saneamento do processo, deixando de lado quaisquer dúvidas acerca do momento mais adequado.

2.2 Responsáveis pelo Pagamento da Indenização

Esclarecidas as questões referentes a quem deve figurar o polo ativo e o polo passivo nas ações judiciais por erro médico passa-se a explicar quem é responsável por pagar a indenização quando reconhecida pelo juiz. Sendo o médico profissional liberal a questão é facilmente resolvida, pois ele e a vítima do evento danoso são os únicos que aparecem como sujeitos da ação e, comprovada sua culpa, só o médico é responsável pelo pagamento da indenização. A questão se complica quando o profissional presta serviços para um hospital, clínica ou qualquer outro tipo de casa de saúde e planos de saúde.

Como já explicado anteriormente, todas as vezes que nosocômios e planos de saúde aparecerem na relação que envolve o erro médico a responsabilidade deles é objetiva, ou seja, não há que se falar em culpa, é necessário apenas que a vítima comprove o dano e o nexo de causalidade para que eles respondam tanto por aqueles que trabalham em suas instalações como por danos causados por problemas com equipamentos, medicamentos, hospedagens entre outros serviços auxiliares. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, todas as vezes que existir um vínculo empregatício entre o profissional e o hospital ou clínica, deve-se afastar a questão da culpa, pois o erro médico será considerado uma falha na prestação de serviço. A teoria objetiva tem amparo em decisões de diversos Tribunais como o de São Paulo e Rio de Janeiro. Porém, existem posições contrárias à da maioria como a de Miguel Kfoury Neto e a do ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior os quais afirmam que a responsabilidade do hospital por qualquer erro médico deve ser aferida mediante análise de culpa. Kfoury (1994, p. 365) defende tal posição, pois acredita que:

A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.

Já Ruy Rosado (1997) defende tal posição, pois acredita que o hospital, ao atender um paciente, inicia uma obrigação de meio, ou seja, ele se obriga a fazer o melhor possível e não a curá-lo de fato, enquanto os outros serviços do hospital como equipamentos ou serviço de hospedagem e hotelaria configuram uma obrigação de resultado. Sendo assim, o hospital apenas obriga-se a indenizar caso seja provada sua culpa. Importante ressaltar que a maioria dos doutrinadores como Sérgio Cavalieri Filho e Nehemias Domingos de Melo, e o próprio Código de Defesa do Consumidor, não fazem distinção alguma quanto aos serviços prestados, independentemente de quem esteja prestando tal serviço no hospital, a responsabilidade será sempre objetiva, sem diferenciar em obrigação de meio ou resultado.

Analisando a responsabilidade das casas de saúde e similares de acordo com o Código Civil chega-se a conclusão que os mesmos possuem responsabilidade objetiva de acordo com os critérios da culpa in vigilando, da culpa in eligendo e da culpa in custodiendo. Ao ocorrerem falhas na prestação de serviços o hospital responde como patrão dos funcionários que cometeram tal erro, sendo presumida a culpa. A culpa in vigilando torna possível responsabilizar o hospital, pois o mesmo deveria escolher bem os seus funcionários e se o mesmo comete um erro a culpa é do hospital que não fez uma boa escolha ao contratá-lo. Na culpa in eligendo há uma falha no controle e vigilância dos funcionários do hospital de forma que os mesmos acabam por cometer erros. Já na culpa in custodiendo o que acontece é uma falta de cuidado e atenção em relação ao paciente do hospital em que o mesmo se encontra.

O mesmo entendimento e regras dadas aos hospitais privados devem ser transferidos aos hospitais públicos. De acordo com o art. 37, §6º da Constituição Federal:

Art. 37, §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O direito brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, logo, qualquer dano injusto cometido por um de seus funcionários, cujo nexos de causalidade for comprovado, deve gerar a obrigação de reparação pelo Estado.

Em relação aos planos de saúde, estes são regidos pela Lei 9.656/98 e submetidos à regulamentação e fiscalização pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A obrigação assumida pelos planos de saúde é de resultado, ou seja, eles devem fornecer o serviço com qualidade, obrigando-se a prestar serviços médicos, reembolso de quantias pagas pelos clientes, além de fornecer exames, alimentação, internação e medicamentos. Essa é a obrigação final deles, independente de o consumidor se curar ou não. Não apenas o erro médico obriga o plano de saúde a pagar indenização ao consumidor. Ao negar a autorização para internação ou tratamento sem justificativa razoável, está o plano cometendo um ilícito nascendo, assim, a obrigação de reparação por danos morais. Outra situação que pode ensejar a obrigação de reparação está na limitação do tempo de internação em doenças cobertas pelo plano de saúde, pois trata-se a mesma de cláusula abusiva levando-se em consideração que o paciente está doente e permanecerá internado até quando houver necessidade. Tal matéria fez surgir a Súmula 302 do STJ que esclarece que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Não se pode confundir os planos de saúde com o seguro de saúde. Apesar de, o plano de saúde não se configurar um vínculo de emprego entre o mesmo e o profissional, a partir do momento em que este profissional é listado como uma das suas opções de atendimento deve o plano responder por qualquer dano causado por ele. No seguro-saúde a escolha do médico cabe apenas ao segurado, sendo responsabilidade da empresa apenas reembolsar por tal despesa, independente de ter sido realizado com sucesso ou não o procedimento desejado.

Conclui-se então que, sendo o médico profissional liberal, recai sobre ele a responsabilidade subjetiva, ou seja, responde o mesmo mediante aferição de culpa mesmo se o erro ocorrer dentro de um hospital e não possuindo ele qualquer vínculo empregatício com o mesmo. No caso de o médico ser funcionário de um hospital, casa de saúde ou similar, a responsabilidade da instituição é objetiva, recaindo a responsabilidade sobre a mesma, a qual responde por seus funcionários. Nessa situação o paciente pode colocar no plano passivo o hospital e/ou o médico, sendo de sua escolha, pois se trata de litisconsórcio

facultativo, porém é mais comum responsabilizar apenas o hospital e, havendo condenação do mesmo, cabe ação de regresso da instituição contra o médico, desde que demonstrada que a culpa foi do profissional. Para os hospitais públicos a regra é a mesma podendo configurar no polo passivo tanto o Município quanto o Estado ou a União, ficando a cargo da vítima do evento doloso. Em relação aos planos de saúde, os mesmos podem responder pelo dano isoladamente ou em solidariedade com o médico ou hospital, cabendo tal decisão também ao paciente prejudicado.

Essencial destacar que tanto o hospital como o plano de saúde podem isentar-se de indenizar caso seja provado que o erro decorreu de acordo com uma das excludentes de ilicitude inseridas no art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, que são: caso fortuito ou força maior, inexistência de defeito no serviço prestado e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

2.3 Reparação por Dano Estético e pela Redução da Capacidade Laborativa

De acordo com Teresa Ancona Lopes (2004, p. 46) o dano estético configura-se como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral. Segundo esse conceito, no âmbito da responsabilidade civil, basta que ocorra qualquer transformação para pior na imagem da pessoa para que se concretize tal dano. É importante também que essa transformação seja permanente ou que, ao menos, tenha um efeito danoso prolongado. Se a lesão não for duradoura, ou seja, se puder ser reparada com cirurgia ou qualquer outro procedimento médico tem que se falar não em dano estético, e sim em dano material pelo custeio dos procedimentos que serão realizados a fim de que se recupere a imagem do lesionado e pode-se falar até em danos morais caso a vítima sofra alguma espécie de dor emocional por esse passageiro “enfeamento”.

Melo (2008, p. 37) salienta:

O que se busca proteger não é a beleza física, até por ser extremamente difícil traçar-se um parâmetro para beleza, mas a incolumidade física do indivíduo que se constitui em

seu patrimônio subjetivo, não podendo ser agredido impunemente.

Se, para disfarçar o dano estético causado, a pessoa faz uso de peruca, perna mecânica, olho de vidro ou qualquer outro tipo de disfarce isso não significa que o causador da lesão está desobrigado de pagar os danos morais, restando apenas os danos materiais. A doutrina e jurisprudência são uniformes quanto ao entendimento que, por mais perfeitos que sejam estes disfarces, eles nunca serão capazes de substituir cem por cento a parte do corpo perdida ou transformada. Logo, ainda existe a obrigação da reparação por dano estético. Necessário destacar que essa reparação só é possível se houver uma modificação para pior entre a imagem passada e presente da vítima, portanto, se houve um dano e a vítima lucrou com o mesmo, ou seja, houve uma modificação para melhor, não se fala em dano estético e sim material para ressarcir o que teve que ser modificado. É o caso de uma pessoa que, devido a um acidente, teve que trocar seus dentes que já se encontravam demasiadamente estragados antes da lesão. Essa troca irá torná-lo mais bonito, logo não há dano estético.

Ao falarmos em dano estético por erro médico pensamos logo na pessoa que teve sua imagem desfigurada devido a uma cirurgia mal sucedida, mas não é essa a única possibilidade de tal ocorrência. Identificamos tal evento danoso em tratamentos de pele que deixam vítima com uma pele pior do que estava antes, operações curativas na qual o médico corta um nervo errado causando deficiência na boca do paciente, anestésias como a requiana-peridural resultando em lesão cerebral, em aplicações de radioterapia entre outras. Isso ocorre porque o dano estético está diretamente ligado a uma ofensa ao direito de personalidade, que vem a ser o direito que a pessoa tem sobre ela mesma e insuscetíveis de serem quantificados em dinheiro. O direito da personalidade violado em tais casos é o da integridade física, ou seja, imagem externa da pessoa, não importando se as outras pessoas não entendem ser relevante o dano causado, e sim, o paciente que sofreu o dano.

Tais erros estéticos decorrem de uma relação contratual, e a ação de indenização encontra respaldo jurídico no art. 951 do Código Civil:

Art. 951 – o dispositivo nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no

exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Os casos de cirurgia estética, de acordo com a doutrina majoritária que conta com Sílvia Rodrigues e Aguiar Dias, trata-se de uma obrigação de resultado, pois ao procurar o cirurgião estético o paciente deseja apenas melhorar um aspecto físico seu que não o agrada, e o médico ao aceitar tal procedimento, está se comprometendo a chegar ao resultado acordado por ambos.

De acordo com Lopez (2004, p.120):

Este enquadramento da operação plástica terá como consequência a presunção de culpa do médico pela inadimplência do contrato, havendo, então, a inversão do ônus da prova, tendo a vítima apenas que provar que o resultado que deveria ter sido alcançado pelo contrato não o foi.

Existe a possibilidade de o profissional, além de não cumprir o que foi prometido, causar danos adicionais na pessoa que está sendo operada. Nesse caso, não está presente apenas a responsabilidade contratual como a extracontratual, podendo as duas serem cumuladas e tal cumulação dar-se-á até o momento em que a vítima estiver ressarcida no plano moral, material e estético. A cumulação de culpas é um assunto bastante discutido na doutrina já que uma corrente acredita não ser possível a cumulação, e sim a opção de culpas de modo que o autor da ação deve escolher qual a responsabilidade que irá trazer-lhe mais benefícios.

Atualmente, o vocabulário mais adequado para referir-se a tal assunto seria o "concurso de responsabilidades", ou seja, quando na relação processual estão presentes não apenas relações contratuais, os direitos de personalidade, como as relações extracontratuais já que o médico não está autorizado a cometer erros no paciente.

O dispositivo referente ao caso de o médico cometer um erro que inabilite ou diminua a capacidade laborativa do seu paciente está demonstrado no caput do art. 950 do Código Civil, que apesar de não se referir especificadamente ao médico, faz-se a relação quando se lê o art. 951 do referido Código. Sendo assim, afirma o art. 950:

Art. 950 – Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofre.

Tal ofensa pode ser verificada quando o médico realiza um procedimento de maneira errada no rosto de uma atriz que acaba por paralisar um lado da sua boca fazendo com que a mesma perca inúmeros trabalhos. Ou quando o profissional aplica uma anestesia raquiana que acaba por deixar o paciente, que trabalha como carteiro, paraplégico. No primeiro caso, há uma diminuição da capacidade laborativa já que a atriz precisará se esforçar mais para conseguir um trabalho. Já no segundo caso, há inabilitação para a capacidade laborativa, pois um carteiro não pode trabalhar caso não consiga andar.

A indenização referente a esse dano deve incluir além das despesas com tratamento e lucros cessantes, uma pensão equivalente a renda necessária para a subsistência da vítima que não poderá mais exercer seu ofício ou exercerá com certa dificuldade.

Questão controversa sobre tal indenização é a possibilidade de cumulação da indenização por dano estético com a indenização por diminuição da capacidade laborativa. Posicionamentos mais antigos acreditam não ser possível tal cumulação já que a reparação referente ao dano material já compreende e absorve qualquer outro tipo de dano, mas o posicionamento atual é diverso. Doutrinas e jurisprudências mais modernas admitem essa possibilidade já que pensam que o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima deve ser o mais perfeito possível, logo, se a mesma for indenizada por uma parte dos danos, não será justa a solução encontrada pelo legislador.

3 SEGURO MÉDICO

Diferentemente de países como Estados Unidos, Holanda, Alemanha, entre tantos outros da Europa em que é comum o médico possuir seguro de responsabilidade civil caso ocorra alguma eventualidade com um paciente, no Brasil essa ideia é pouco difundida e não são muitas as empresas que oferecem esse tipo de serviço e médicos e hospitais que as contratam, apesar de o instituto do seguro estar difundido no Código Civil através do art. 787 que dispõe que o segurador garante o pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

Por causa de relações cada vez mais impessoais entre médico e pacientes, serviços menos qualificados dos profissionais e cidadãos mais conscientizados dos seus direitos, há um aumento na busca do Poder Judiciário a fim de se reparar danos decorrentes de erro médico. Porém, como os médicos brasileiros, em sua maioria, ainda não possuem seguro as reparações podem demorar um longo tempo para serem pagas já que, geralmente, são de alto valor e não poderão ser pagas sem sacrifício do patrimônio e sustento do profissional e de todos aqueles que dependem dele, ou podem até jamais serem pagas, pois o médico não possui condições tornando-se o paciente vítima de uma fatalidade na qual ele deverá se conformar, o que é um absurdo levando-se em consideração que o mesmo já foi lesionado injustamente e precisar ser indenizado.

Citando Melo (2008, p. 212):

Nessas circunstâncias, a única saída para uma verdadeira e efetiva reparação do dano advindo de erro médico somente será concretizado com a adoção de seguro de responsabilidade civil, como de resto já acontece em diversos outros países do mundo.

Grande número de pessoas no Brasil ainda é contra o seguro de responsabilidade civil utilizando-se de uma desculpa sem qualquer lógica para defender tal posição. Eles acreditam que com o seguro será fomentada a "indústria do erro médico" no qual os valores de indenização serão altíssimos apenas porque os médicos são segurados. Essas pessoas usam como referência o exemplo americano no qual os valores das reparações alcançam patamares absurdos,

porém no Brasil a situação é diferente. Nos Estados Unidos o nível de renda da população é maior, os médicos possuem boa remuneração e os hospitais recebem muitas doações e incentivos, logo podem pagar altas apólices de seguro, podendo o paciente ter uma alta indenização. No Brasil, infelizmente, a situação não é a mesma. Grande parte da população tem uma renda baixa e os médicos, principalmente aqueles que trabalham em hospitais públicos, são, muitas vezes, mal remunerados. Sendo assim, o seguro servirá apenas para garantir que o paciente receba uma indenização integral e o profissional não precise desfazer-se de todo seu patrimônio para pagá-la.

É evidente que existem vantagens e desvantagens sobre esse tema. Começando pelas desvantagens temos, entre outras, a estimulação de processos contra os médicos já que agora eles terão como pagar, elevação dos custos dos serviços médicos e o fato que esse seguro cobre apenas o dano material e não o moral. Porém, as vantagens são bem mais atrativas: há uma melhor liquidação do dano, melhor forma de justiça social, livra o médico e paciente de processos penosos e demorados e não depende da situação econômica do causador do dano para determinar o valor da indenização. Entidades representativas da classe médica são contra à adoção desse seguro pois afirmam que o médico não tem seu patrimônio totalmente protegido já que ela se limita apenas ao dano material, deixando de fora o dano moral. Existem argumentos defendendo que com o seguro o médico será menos diligente na sua profissão, pois possui uma garantia caso venha a cometer algum erro. Tais argumentos são fracos já que, em relação ao dano moral, o encargo sobre o médico será menor, pois possui cobertura no dano material. Quanto ao médico ser menos diligente é um absurdo, pois, quando contratamos um seguro para o nosso carro não desejamos que ele seja roubado, então por que um médico contrataria um seguro para seus atos e seria menos diligente? Contratar o seguro significa apenas que o médico erra como todos os outros profissionais e que quando, ou se ele errar, terá um mínimo de proteção para reparar as despesas do dano.

4 CONCLUSÃO

A justiça brasileira, atualmente, encontra-se inundada de processos tendo como causa o erro médico, ou pelo menos assim alegam as partes. Os legitimados são as próprias vítimas do erro, ou, quando estes vêm a óbito, os legitimados do art. 110 do CPC, cônjuge, ascendente, descendente e irmãos.

Já está consolidado que nos casos de erro médico, a inversão do ônus da prova é regra, vez que se mostra mais fácil o médico, ou o hospital, trazer aos autos as provas necessárias, usando-se o juiz também do laudo pericial, vez que é leigo neste assunto.

A vítima, ao adentrar com uma ação e obter resultado procedente, poderá ser indenizada pelos danos materiais, morais ou estéticos, não sendo esses danos excludentes, ou seja, podem vir a receber indenização pelas três formas de danos.

Por fim, vimos que em países da América do Norte e da Europa o seguro médico é uma ideia bastante difundida, tendo como objetivo proteger os profissionais financeiramente, caso venham a cometer um erro e sofrerem ação de indenização. Contudo, no Brasil esta é uma ideia que, ainda, não possui grande aceitação na área médica, com a justificativa de que este seguro poderia vir a deixar os médicos mais relapsos em sua atividade profissional por terem a garantia que o seguro cobriria indenizações que viessem a ocorrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica (RJ) nº 231, p.122-147, jan/1997.

ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. **Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no código de proteção e defesa do consumidor**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas, v. 3/85, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822>. Acesso em: 10 de jan de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código do Consumidor**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 10 de jan de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos, vol 3**. 3 ed renovada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume II, teoria geral das obrigações**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético: Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

LUMERTZ, Suzana Lisbôa; LUMERTZ, Paulo Roberto Rukatti; LUMERTZ, Marcelo Lisbôa. **Responsabilidade Jurídica do Médico**. 3 ed. Porto Alegre: Renascença, 1997.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 4**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro Médico e Cirurgia Plástica**. Boletim Jurídico. Uberaba, 20 de dezembro de 2005. Disponível

em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=983>>. Acesso em 10 de jan de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol. II.** 8 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WATANEBE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LEIS DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO COMENTÁRIOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre as leis de diretrizes e bases da educação.

Palavras-chave: LDBs. Mudanças. Comentários.

Abstract: This article aims to succinctly make a study of the laws of guidelines and bases of education.

Keywords: LDBs. Changes. Comments.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre las leyes de directrices y bases de la educación.

Palabras clave: LDBs. Cambios. Comentarios.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB 9394/96) é a legislação que regulamenta o sistema educacional (público ou privado) do Brasil da educação básica ao ensino superior. A LDB é a mais importante lei brasileira que se refere à educação.

Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências, foi criada para garantir o direito a toda população de ter acesso a educação gratuita e de qualidade, para valorizar os profissionais da educação, estabelecer o dever da União, do Estado e dos Municípios com a educação pública.

2 Desenvolvimento

A LDB 9394/96 é também chamada de Carta Magna da Educação. Inspirada e defendida pelo antropólogo Darcy Ribeiro, que conseguiu manter suas ideias em um texto legal e bem sintetizado, permitindo uma generalização e flexibilidade e com repercussões políticas. (FAGUNDES, 2008)

A Constituição de 1891, primeira do período republicano, pouco trata da educação por primar pela autonomia das unidades federativas. Ficava subentendido que a legislação nessa matéria deveria ser resolvida no âmbito dos estados. Cabia à Federação apenas o ensino superior da capital (art. 34º), a instrução militar (art. 87º) e a tarefa, não exclusiva, de "animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências" (art. 35º). Não havia nessa Carta e também na anterior (Constituição de 1824) nem sequer a menção à palavra "educação". Até a década de 1930, os assuntos ligados à educação eram tratados pelo Departamento Nacional do Ensino ligado ao Ministério da Justiça. Somente em 1931 foi criado o Ministério da Educação.

A Constituição de 1934 dedica um capítulo inteiro ao tema, trazendo à União a responsabilidade de "traçar as diretrizes da educação nacional" (art. 5º) e "fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino em todos os graus e ramos, comuns e especializados" para "coordenar e fiscalizar a sua execução em todo o território do país" (art. 150º). Através da unidade gerada por um plano nacional de educação e da escolaridade primária obrigatória pretendia-se combater a ausência de unidade política entre as unidades federativas, sem com isso tirar a autonomia dos estados na implantação de seus sistemas de ensino. Ideia defendida pelos educadores liberais, dentre os quais se destacava Anísio Teixeira.

Um ponto importante de disputa que refletiu diretamente na tramitação da primeira LDB foi a questão do ensino religioso. Enquanto a proclamação da República teve como pano de fundo a separação entre Estado e igreja, a segunda Carta marca essa reaproximação. No que diz respeito à educação, instaura o ensino religioso de caráter facultativo, e de acordo com os princípios de cada família, nas escolas públicas (art. 153º).

A despeito do ensino religioso, a Carta de 1934 pode ser considerada uma vitória do grupo de educadores liberais, organizados através da Associação Brasileira de Educação, por atender suas principais proposições.

Porém, apenas três anos depois a Constituição de 1937, promulgada junto com o Estado Novo, sustentava princípios opostos às ideias liberais e descentralistas da Carta anterior. Rejeitava um plano nacional de educação, atribuindo ao poder central a função de estabelecer as bases da educação nacional. Com o fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 retomou em linhas gerais o capítulo sobre educação e cultura da Carta de 1934, iniciando-se assim o processo de discussão do que viria a ser a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Dois grupos disputavam qual seria a filosofia por trás da primeira LDB. De um lado estavam os estatistas, ligados principalmente aos partidos de esquerda. Partindo do princípio de que o Estado precede o indivíduo na ordem de valores e que a finalidade da educação é preparar o indivíduo para o bem da sociedade, defendiam que só o Estado deve educar. Escolas particulares podem existir, mas como uma concessão do poder público.

O outro grupo, denominado de liberalista e ligado aos partidos de centro e de direita, sustentava que a pessoa possui direitos naturais e que não cabe ao Estado garanti-los ou negá-los, mas simplesmente respeitá-los. A educação é um dever da família, que deve escolher dentre uma variedade de opções de escolas particulares. Ao Estado caberia a função de traçar as diretrizes do sistema educacional e garantir, por intermédio de bolsas, o acesso às escolas particulares para as pessoas de famílias de baixa renda.

Na disputa, que durou dezesseis anos, as ideias dos liberalistas se impuseram sobre as dos estatistas na maior parte do texto aprovado pelo Congresso.

Na história do Brasil, essa é a segunda vez que a educação conta com uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que regulamenta todos os seus níveis. A primeira LDB foi promulgada em 1961 (LDB 4024/61). João Goulart publica em 20 de dezembro de 1961 a primeira LDBA Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) define e regulariza o sistema de educação brasileiro com base nos princípios presentes na Constituição. Foi citada pela primeira vez na Constituição de 1934.

O texto aprovado em 1996 é resultado de um longo embate, que durou cerca de oito anos (1988-1996), a partir da XI ANPED, entre duas propostas distintas. A primeira conhecida como Projeto Jorge Hage foi o resultado de uma série de debates abertos com a sociedade, organizados pelo Fórum Nacional em Defesa

da Escola Pública, sendo apresentado na Câmara dos Deputados. A segunda proposta foi elaborada pelos senadores Darcy Ribeiro, Marco Maciel e Maurício Correa em articulação com o poder executivo através do MEC.

A principal divergência era em relação ao papel do Estado na educação. Enquanto a proposta dos setores organizados da sociedade civil apresentava uma grande preocupação com mecanismos de controle social do sistema de ensino, a proposta dos senadores previa uma estrutura de poder mais centrada nas mãos do governo. Apesar de conter alguns elementos levantados pelo primeiro grupo, o texto final da LDB se aproxima mais das ideias levantadas pelo segundo grupo, que contou com forte apoio do governo FHC nos últimos anos da tramitação.

Em 2017, projeto de lei proposto pelo senador Wilder Moraes deu origem à Lei 13.490/2017, que altera o texto da LDB, permitindo que pessoas físicas e empresas possam direcionar doações a pesquisas ou setores específicos das Universidades.

A LDB é a mais importante lei brasileira que se refere à educação. Esta lei foi aprovada em dezembro de 1996 com o número 9394/96, foi criada para garantir o direito a toda população de ter acesso à educação gratuita e de qualidade, para valorizar os profissionais da educação, estabelecer o dever da União, do Estado e dos Municípios com a educação pública. Um marco na regulamentação do ensino no país, trouxe importantes inovações e permitiu colher avanços significativos. Mas algumas das transformações essenciais contidas no texto do então senador Darcy Ribeiro ainda não foram concretizadas.

Segundo a LDB 9394/96, a educação brasileira é dividida em dois níveis: a educação básica e o ensino superior.

Educação básica:

Educação Infantil – creches (de 0 a 3 anos) e pré-escolas (de 4 e 5 anos) – É gratuita, mas não obrigatória. É de competência dos municípios.

Ensino Fundamental – anos iniciais (do 1º ao 5º ano) e anos finais (do 6º ao 9º ano) – É obrigatório e gratuito. A LDB estabelece que, gradativamente, os

municípios serão os responsáveis por todo o ensino fundamental. Na prática os municípios estão atendendo aos anos iniciais e os Estados os anos finais.

Ensino Médio – O antigo 2º grau (do 1º ao 3º ano). É de responsabilidade dos Estados. Pode ser técnico profissionalizante, ou não.

Ensino Superior:

É de competência da União, podendo ser oferecido por Estados e Municípios, desde que estes já tenham atendido os níveis pelos quais é responsável em sua totalidade. Cabe a União autorizar e fiscalizar as instituições privadas de ensino superior.

A educação brasileira conta ainda com algumas modalidades de educação, que perpassam todos os níveis da educação nacional. São elas:

Educação Especial – Atende aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.

Educação a distância – Atende aos estudantes em tempos e espaços diversos, com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação.

Educação Profissional e Tecnológica – Visa preparar os estudantes a exercerem atividades produtivas, atualizar e aperfeiçoar conhecimentos tecnológicos e científicos.

Educação de Jovens e Adultos – Atende as pessoas que não tiveram acesso a educação na idade apropriada.

Educação Indígena – Atende as comunidades indígenas, de forma a respeitar a cultura e língua materna de cada tribo.

Além dessas determinações, a LDB 9394/96 aborda temas como os recursos financeiros e a formação dos profissionais da educação.

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, publicada em 03 de julho de 2016, inclui as artes visuais, a dança, a música e o teatro nos currículos dos diferentes níveis da educação básica. Os cursos de pedagogia e correlatos têm até cinco anos para promover a formação dos professores para implantar esses

componentes curriculares no ensino infantil, fundamental e médio. O direito à educação e aprendizagem ao longo da vida como um dos princípios norteadores do ensino brasileiro passa ao ordenamento jurídico com a Lei 13.632/2018.

O Novo Ensino Médio consiste em uma reforma na grade curricular, onde algumas disciplinas serão excluídas ou deixam de ser obrigatórias no currículo dos alunos. Assim eles podem escolher quais as matérias que desejam estudar e aprofundar o conhecimento, de acordo com o seu interesse, pensando principalmente na profissão que exercerão no futuro.

Mas, mesmo com essa flexibilidade, algumas disciplinas continuam fazendo parte do currículo obrigatório, que será único no país todo e nomeado de Base Nacional Comum Curricular. Ao todo são 1.800 horas de aulas, divididas em 4 áreas de conhecimento, como ciências humanas, exatas, tecnologias, etc.

As disciplinas de português e matemática serão obrigatórias por todo os 3 anos do ensino médio, assim como já é atualmente.

O que gera mais dúvidas sobre o Novo Ensino Médio é sobre o que os alunos irão cursar durante essa fase. As matérias de português, matemática e inglês continuaram a ser obrigatórias a todos os alunos durante os 3 anos do ensino. Além da língua materna, no caso de escola indígenas.

Mas logo no primeiro ano, os alunos poderão escolher quais áreas irão querer se aprofundar de acordo com o seu interesse profissional e/ou vocação. As opções estão distribuídas em 4 áreas de conhecimento, assim como o ENEM, e divididas em uma carga horária de 1800 horas totais.

Uma das metas com a implementação do Novo Ensino Médio é que com o decorrer dos anos seja implantado de maneira gradativa nas escolas de ensino médio aulas em período integral. Para que dessa Maneira possibilite aos alunos que ao fim da sua formação básica ele tenha um diploma de ensino médio e também de ensino técnico.

Porém, apenas 5% das escolas brasileiras oferecem esse tipo de ensino ainda. Mas a cada ano são criadas 500 mil novas matrículas nessa modalidade. E com o Novo Ensino Médio o objetivo é que esse número seja ainda maior.

A previsão é que a partir deste ano as escolas já estejam adaptadas ao Novo Ensino Médio, mesmo que começando com os alunos que estão no segundo ano letivo. Mas será a partir de 2021 que todas as escolas deverão já ter adotado o novo sistema e o BNCC como currículo obrigatório a todos os anos que ingressarem no ensino médio.

Conclusão

A importância das Lei de Diretrizes e Bases da Educação como forma de garantir o direito a toda população de ter acesso à educação gratuita e de qualidade, para valorizar os profissionais da educação, estabelecer o dever da União, do Estado e dos Municípios com a educação pública. Trata também da formação do professor, que deve atender aos requisitos mínimos exigidos para exercer a atividade docente.

A importância das LDBs para a educação é fundamental, principalmente para os professores, que possuam conhecimento das diretrizes para que não fiquem ignorantes de seus direitos como profissionais da educação, capazes de lutar por uma educação melhor e não apenas reclamar do sistema educacional de braços cruzados.

O problema da educação do Brasil não é falta de leis que garantam os direitos dos alunos e dos professores a uma educação de qualidade, pois as LDBs tem nos seus artigos o suficiente para isto, a questão é que muitos professores não tem conhecimento e não exigem o cumprimento da lei, por governantes que não fazem a menor questão de proporcionar as nossas crianças e adolescentes educação básica de qualidade.

Referências

BRASIL, **Lei de Diretrizes e B. Lei nº 9.394/96**, de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**. Brasília: MEC/SEF, 1998.

FAGUNDES, Augusta Isabel Junqueira. LDB – **Dez anos em ação**. Disponível em: . Acesso em: 12 jan 2019.

HERNANDEZ, F. e VENTURA M. **A organização do currículo por projetos de trabalho.** Trad. Jussara Haubert Rodrigues. 5ª ed. São Paulo: Editora Artes Médicas, 1998.

LÉVI, Pierre. **As tecnologias da inteligência:** o futuro do pensamento na era da informática. Trad. Carlos Ireneu da Costa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

MACHADO, N. J. **Epistemologia e didática:** a Alegoria como norma e o conhecimento como rede. Tese de Livre Docência. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

MATUI, Jiron. **Construtivismo:** Teoria construtivista sócio histórica aplicada ao ensino. São Paulo; Moderna, 1995.

POZO, Juan Ignácio. **Teorias cognitivas de aprendizagem;** trad. Juan Acuña Llorens - 3ª.Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998

VALENTE, José Armando. **Ensinar ou aprender:** o porquê do computador na educação. Núcleo de Informática Aplicada à educação/UNICAMP s/n.

_____(org.). **O computador na Sociedade do Conhecimento.** Campinas, SP: UNICAMP/NIED, 1999.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13415.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13632.htm

A ADOÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA EM RELAÇÃO AOS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA

DANIEL DAL PONT ADRIANO: Pós-graduado em Direito Constitucional - Anhanguera Uniderp e Bacharel em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a evolução das teorias atinentes à decisão concessiva do mandado de injunção adotadas pelo Supremo Tribunal Federal no decorrer dos anos. A Constituição de 1988 previu o remédio constitucional do mandado de injunção, cujo objeto se revela na tutela de direitos fundamentais e relacionados ao exercício da soberania, da cidadania e da nacionalidade. Durante os primeiros anos da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal aplicou, em relação aos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção, a teoria não concretista, de modo que, constatada a inércia legislativa, a Corte Constitucional unicamente cientificava o Legislativo de sua mora. Todavia, diante do surgimento do novo plexo de necessidades individuais e coletivas e a partir da relativização do primado da separação dos poderes, a Suprema Corte passou a adotar a tese concretista, com o fito de implementar, concretamente, o direito fundamental reclamado pelo remédio constitucional. Apesar da louvável iniciativa, pairam dúvidas acerca do acertamento da aplicabilidade da citada teoria, visto que a efetivação dos direitos postulados, por intermédio do ativismo judicial, poderia resultar em infração ao postulado da tripartição dos poderes.

Palavras-chave: mandado de injunção, teoria concretista, Supremo Tribunal Federal, separação dos poderes.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA DECISÃO. 3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 4. TEORIA CONCRETISTA E A INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição da República franqueou, entre os remédios constitucionais, a possibilidade da impetração do mandado de injunção, com o fito de suprir eventuais e indesejadas omissões legislativas em efetivar "*o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*" (art. 5º, LXXI).

Passados mais de trinta anos da promulgação do texto fundamental vigente, encontram-se inseridas no ordenamento jurídico diversas lacunas propiciadas pela abstenção do Poder Legislativo. Resultam da clarividente letargia e mora na sua função precípua de elaborar os preceitos normativos de regulamentar o exercício de direitos constitucionais, notadamente aqueles contidos em normas de eficácia limitada.

Há tempos a Corte Constitucional brasileira aplicava, no tocante aos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção, a teoria não concretista, cujo resultado se traduzia no simples reconhecimento da mora normativa e na cientificação do Poder Legislativo na função precípua legiferante.

Todavia, em guinada jurisprudencial, a Suprema Corte adotou a teoria concretista geral no julgamento dos mandados de injunção ns. 670, 708 e 712, nos quais além reconhecer a mora legislativa em editar a lei que regulamente o direito de greve dos servidores públicos civis, também aplicou, na forma que coubesse, a lei geral de greve aos agentes públicos.

A partir de então se observou verdadeiro abandono do posicionamento não concretista de unicamente cientificar o Legislativo de sua mora na sua função típica legiferante.

Desse modo, almeja-se abordar se a posição que vem sendo acatada pelo Supremo Tribunal Federal em aplicar a teoria concretista, como regra geral nas decisões concessivas da injunção. Sob a perspectiva individual, seja geral ou intermediária, indaga-se se ao assegurar concretamente os direitos reclamados na injunção, não ocasionaria infração ao postulado máximo da separação dos Poderes da República.

O tema revela-se por demasiado atual e importante diante da cediça relativização do postulado da tripartição dos Poderes da República e da efetivação

de direitos, garantias e liberdades fundamentais atrelados ao exercício dos direitos relacionados à soberania, à cidadania e à nacionalidade por meio do chamado ativismo judicial.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS EFEITOS DA DECISÃO

Ao prever o remédio constitucional do mandado de injunção no texto do documento constitucional de 1988, o constituinte originário inovou na seara da tutela dos direitos fundamentais resguardados à pessoa humana, ao assegurar instrumento até então desconhecido pelo ordenamento pátrio como cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, CF).

Aludido instrumento constitucional, a propósito, torna-se cabível *"sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"* (art. 5º, LXXI, CF).

Com efeito, o mandado de injunção *"consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público" e "ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais"*.

Verifica-se, desse modo, que dois são os requisitos para o manejo da ação constitucional, a saber: a) a omissão legislativa consistente na falta de norma regulamentadora de direito fundamental ou garantia reclamada inerente à soberania, à cidadania ou à nacionalidade; e b) o impedimento de exercer o direito reclamado por seu titular diante da omissão constatada.

Em relação ao primeiro pressuposto, especialmente no atinente as normas constitucionais de eficácia limitada e programáticas, a dita norma regulamentadora é aquela que possui aplicabilidade mediata, indireta e não integral (reduzida). Raramente, a propósito, se verá o questionamento pela injunção de norma de eficácia plena ou contida, porquanto ambas, desde logo, já asseguram ao titular do direito a possibilidade de exercê-lo, sendo, no primeiro caso, de maneira imediata e integral e, no segundo também imediata, mas com a ressalva de eventual restrição ou condição por outra norma constitucional ou infraconstitucional.

Sobre o tema, cabe trazer à baila importante ensinamento de Moraes:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos [...].

O cabimento da injunção, portanto, opera-se nas hipóteses das lacunas normativas proporcionadas pela ausência de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada, frequentemente causada pela letargia do Poder Legislativo.

Para se definir a competência para o julgamento do *writ* e a legitimidade passiva, infere-se do texto constitucional que quando a omissão normativa for imputável ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, a qualquer das Mesas das Casas Legislativas, ao Tribunal de Contas da União, a algum dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal, a Constituição da República, em seu artigo 102, inciso I, alínea *g* estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar o mandado de injunção impetrado em face de qualquer dos acima mencionados. Cumpre mencionar, por oportuno, que há também a competência recursal da Suprema Corte (art. 102, II, *a*), bem como outras atribuições originárias reservadas ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *h*) e aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Destarte, por ser o Supremo Tribunal Federal a instância máxima de julgamento dos mandados de injunção no ordenamento jurídico pátrio, cabe analisar quais são os efeitos conferidos às decisões prolatadas por essa Corte Constitucional em relação à decisão concessiva do aludido remédio constitucional.

A denominada teoria não concretista – ou da subsidiariedade – assevera que a decisão concessiva da injunção deve se limitar a declarar a mora legislativa

e cientificar o órgão omissor responsável pela norma, em observância ao princípio da tripartição dos poderes.

Aludida teoria por muitos anos foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, "*pois a Corte não poderia legislar, para suprir a mora do Congresso Nacional, sob pena de violar a cláusula da separação dos Poderes*", a exemplo do mandado de injunção n. 107/DF, de Relatoria do Ministro Moreira Alves que, em seu voto, destacou os efeitos da citada teoria:

[...] é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração e inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela depende, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias [...]

A fundada crítica à teoria não concretista se resume na ineficácia prática do mero reconhecimento da mora legislativa, pois tão somente se constata e se científica a omissão ao detentor da iniciativa legislativa, em detrimento do direito fundamental reclamado pela impetração, que ficava a mercê da conveniência e oportunidade do Poder Legislativo em elaborar a norma que, muitas das vezes, depende de orquestrado jogo político para ser aprovada em ambas as casas do Congresso Nacional.

Ao rechaçar a teoria não concretista, Rodrigo Mazzei sustenta que:

[...] a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do writ, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como mera científicação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável.

Nessa toada, Bulos assinala:

O mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel. Não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões político-jurídicas, que fulminam direitos fundamentais.

Não se olvide, todavia, que em certas ocasiões a Suprema Corte adotou, durante o sucesso da teoria não concretista, a tese concretista intermediária, ao fundamento de que *"se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleça na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, [...] e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto"*.

Assim sendo, vislumbra-se que a Corte Constitucional *"aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano"*, de modo a implementar, após o esgotamento do prazo assinalado pelo órgão jurisdicional, a garantia não regulamentada pelo legislador.

Em razão dos fortes posicionamentos doutrinários contrários à efetividade do remédio constitucional e, outrossim, diante da natural oxigenação da composição da Suprema Corte, dentre os anos de 2006 e 2007 o Supremo Tribunal Federal começou a esboçar os primeiros indicativos de verdadeira guinada jurisprudencial, considerando a até então ineficácia do remédio constitucional previsto originariamente na Constituição da República de 1988:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à

soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho.

Desse modo, ao julgar conjuntamente os mandados de injunção ns. 670 e 708, os quais cuidavam da ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis – norma anteriormente declarada como de eficácia limitada pelo Supremo Tribunal Federal –, a Corte Constitucional passou a adotar a teoria concretista geral – também conhecida como teoria da independência jurisdicional –, conferindo efeitos *erga omnes* a todas as injunções e aos titulares de direitos que estivessem em similitude de situação.

Colhe-se do voto do Ministro Gilmar Mendes que fundamentou a importante decisão:

Por essa razão, não estou aqui a defender a assunção do papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, ênfase tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. [...] Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve [...], devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória ou ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civil [...]. Nessa extensão do deferimento do mandado de

injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF, [...].

Destarte, com o objetivo de colmatar as lacunas indesejadas e até mesmo negligentes proporcionadas pelo Poder Legislativo, a adoção da teoria concretista, seja geral, individual ou intermediária pela Suprema Corte, além de reconhecer e cientificar o Legislativo de sua mora, também propiciou o imediato exercício de direitos e garantias impregnados no texto constitucional em normas de eficácia limitada.

Por seu turno, a decisão concessiva sob a ótica da teoria concretista individual *"só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional"*.

Exemplo da adoção da supracitada teoria deu-se no julgamento da injunção n. 721/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal assentou que ao Judiciário cabe *"não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais [...], mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador"*.

Diferencia-se a teoria geral da individual no tocante aos alcances da decisão, pois a essa produz efeitos *inter partes*, enquanto doutrina geral assegura eficácia *erga omnes*.

Não obstante a aludida divisão, oportuno mencionar que a teoria concretista individual desdobra-se em duas subteorias. A concretista individual direta, por seu turno, é aquela já abordada com a adoção dos efeitos concretos entre as partes na hipótese da decisão concessiva. De outro lado, a individual intermediária incorpora-se no caso de procedência da injunção, quando o Judiciário não implementa, desde logo, o direito ou garantia postulado ao titular da ação, mas cientifica o órgão, entidade ou autoridade omissos para que, em

prazo a ser fixado de acordo com a situação, expeça a norma regulamentadora ausente. Se após o esgotamento do lapso temporal persistir a mora legislativa, cabe, aí sim, ao Poder Judiciário estabelecer as condições e termos necessários ao exercício do direito titularizado pela parte autora do *writ*.

Visto isso, impende adentrar ao exame do principado da separação dos poderes e, a seguir, averiguar se o abrigo da teoria concretista fere, ou não, o postulado máximo dos freios e contrapesos previsto pelo constituinte originário.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Com o fito de impedir indesejados arbítrios cometidos pelo detentor do poder estatal, o constituinte de 1988 estabeleceu como máxima fundamental do texto constitucional o principado da separação dos poderes da República, os quais são independentes e harmônicos entre si, de modo a repartir as atribuições inerentes ao exercício da soberania, bem como criar mecanismos de controle recíprocos.

Moraes nos ensina que, sob o critério funcional, a divisão dos poderes se fundamenta na segregação das três funções estatais - legislar, administrar e julgar - que devem ser reservadas para órgãos distintos e autônomos entre si, sendo traçada, inicialmente, por Aristóteles, na obra "*Política*" e, após, detalhada e aperfeiçoada por John Locke e Montesquieu.

Com efeito, diante da complexidade das relações sociais vivenciadas em sociedade, "*Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora*". José Afonso da Silva explica que "*A ampliação de atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, [...]*".

Nesse norte, a doutrina clássica ensinada por Aristóteles, Locke e Montesquieu não mais deve ser interpretada com o caráter absoluto previsto outrora. Em verdade, o ordenamento jurídico pátrio há de ser analisado com certas ressalvas e sob o enfoque da relatividade, de modo a "*reavaliar o critério tradicional que propõe separar, in extremis, as atividades legislativa, executiva e jurisdicional*".

Sobre o tema, elucida Moraes que inexistente "qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação dos poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito". Arremata o doutrinador:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentre de um mecanismos de controle recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checks and balances)

Resta-nos analisar, a partir desta relativização do postulado da separação dos poderes soberanos, se a tese concretista acolhida pelo Supremo Tribunal Federal de, por intermédio de o próprio Poder Judiciário implementar direitos e prerrogativas lesados afronta, ou não, configura ingerência de um poder em outro, de modo a afrontar o princípio estrutural máximo da tripartição dos poderes.

4. TEORIA CONCRETISTA E A INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A questão que originou fundados debates no âmbito acadêmico versa sobre a eventual infração ao princípio da separação dos poderes da República pela adoção do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos concretistas da decisão concessiva da injunção.

Moraes defende ser "*plenamente conciliável*" o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade da teoria concretista nos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção, porquanto, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o "*Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*", principalmente aquelas "*decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for*

colmatada a lacuna legislativa ou administrativa". Prossegue o autor asseverando que:

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos erga omnes, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer de suas funções precípuas, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, "não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente" (MACHADO, Carlos Augusto... Mandado de Injunção. São Paulo: Atlas, 2000.).

Em consonância, Mazzei refuta a possibilidade de qualquer infringência ao principado:

Não vingam, a nosso sentir, a alegação purista de que a teoria da resolutividade estaria por violar o princípio da separação dos poderes. Ora, se o Poder Legislativo exerce função legislativa, então podemos afirmar que o referido órgão possui o dever de legislar. Contudo, só existe dever jurídico quando se identifica uma sanção inibindo determinado comportamento reprovável pelo direito, e, por isso, fazendo a seguinte pergunta: qual seria a sanção relativa à inércia do Poder Legislativo? Nenhuma.

[...] A inexistência de sanção inibitória macula de certa forma a aplicação do conceito de função à atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo; lembrando que há sanção para o não exercício das outras duas funções estatais, a administrativa e a jurisdicional. A situação de intangibilidade direta do estado de inércia do Poder Legislativo é fruto de uma imensa influência do princípio da separação e independência entre os poderes no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, essa agressão ao conceito de função de Estado – principalmente de um Estado de Direito – quando tratamos da atividade legislativa, pode ser abrandada se assumirmos a possibilidade de o Poder Judiciário

desempenhar um papel de assegurar a efetivação dos direitos constitucionais através de instrumento processuais adequados. Fixe-se, desde logo, que trata-se de postura puramente residual, em que não se ocuparia definitivamente o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia.

Admitir que o Poder Judiciário esteja autorizado a solucionar conflitos, integrando normas que não fixem os limites de certos direitos subjetivos, não implica uma agressão ao princípio da separação dos poderes, pois o que está em jogo é a produção de uma norma concreta (atividade jurisdicional) e não de norma abstrata (atividade legiferante).

Logo, uma vez ultrapassado o prazo razoável para que o poder detentor da função precípua de legislar regulamente os mandamentos a si atribuídos pelo texto constitucional, notadamente os direitos integrantes de normas de eficácia limitada, cabe ao Poder Judiciário agir, mediante provocação do instrumento previsto para tanto, já que há mais de 30 anos a Constituição da República foi promulgada, para que em uma postura ativista, supra a omissão e concretize o direito fundamental reclamado.

Cabe mencionar que tal posicionamento "*Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais [...]*".

Dito isso, considerando de que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (art. 5º, XXXV, CF), impende ressaltar que cumpre ao poder jurisdicional o papel de impedir ou assegurar que o titular do direito não seja ameaçado ou lesionado e, ao agir de forma ativa "*ao formular supletivamente a norma regulamentadora o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa*",.

Nessa linha de entendimento, a propósito, traduz a vontade do legislador nacional, o qual promulgou a Lei n. 13.300, em 23 de junho de 2016, normatizando a garantia fundamental do mandado de injunção – o qual até o momento carecia de regulamentação, empregando-se, por analogia, os ditames da Lei do Mandado de Segurança.

Referida norma estabeleceu, como regra geral, a aplicação da teoria concretista individual intermediária, devendo-se, em primeiro, assinalar prazo para que o legislativo supra a mora legislativa constatada no caso concreto – e individual – para, somente após e no caso de persistência da letargia, o Poder Judiciário estabelecer as condições em que se exercerá o direito fundamental reclamado no remédio constitucional (art. 8º).

Isso posto, não há que se falar em eventual e odiosa inobservância ao principado da separação dos poderes da República por ter o Supremo Tribunal Federal se filiado a corrente progressista e concretizadora dos direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos primeiros anos de vigência da atual Carta Magna verificou-se que o mandado de injunção se tornou verdadeiro instrumento inócuo, uma vez que sua utilidade prática se reduzia a mera notificação do legislativo de sua mora em positivar direitos e garantias inerentes à soberania, à nacionalidade e à cidadania, diante da inadequada teoria não concretista empregada.

Com o intuito de conferir maior efetividade ao remédio constitucional inserido pelo constituinte originário na Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal abandonou a tese anterior e começou a aplicar, *in totum*, a teoria concretista nos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção, revelando-se, a partir de então, fundamental instrumento de efetivação de direitos e garantias impregnados no texto constitucional.

Como visto, a aplicabilidade da tese concretista não chega a permear ao ponto de violar, nem ao menos em tese, o cláusula constitucional da separação dos poderes, porquanto o Judiciário age justamente em função da configurada ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não obstante tal assertiva defendida no presente estudo, cabe mencionar que a teoria que melhor se encaixa ao ordenamento jurídico pátrio é intermediária – inclusive adotada na Lei n. 13.300/2016 –, pois, inicialmente, reconhece-se e científica do Legislativo de sua mora, assinalando prazo para a regulamentação da garantia violada pela inércia. Caso persista a letargia, cumpre ao Supremo Tribunal Federal implementar o direito reclamado pelo remédio constitucional. Bulos afirma que tal tese "*é a melhor solução*", pois "*Ao mesmo tempo que mantém intacto o princípio da separação dos poderes*" também permite "*que os cidadãos exerçam a plenitude de seus direitos constitucionais, obstaculizados pela inércia institucional do Legislativo*".

Destarte, infere-se verdadeiro *overruling* da teoria não concretista preambularmente utilizada pela Suprema Corte e abrigo da tese concretista, a fim de que seja privilegiado os direitos previstos na Carta Maior, sem qualquer violação ao principado da separação dos poderes, visto que a contemporânea realidade fático-jurídica demanda maior atenção do poder público, especialmente no tocante ao exercício de garantias individuais e coletivas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Ações constitucionais*. 6. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo; BRASIL. *Constituição Federal anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DIDIER JR., Fredie, coordenador. *Ações Constitucionais*. 6. Ed., revista, ampliada e atualizada - Salvador: Juspodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 20. ed. São Paulo: Atlas: 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Antônio Dionísio. *Controvérsias constitucionais atuais*. Porto Alegre: Do Advogado, 2014.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. *Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO COMO SANÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PAINEL JURISPRUDENCIAL DO STF

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente é analisar, à luz do painel jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da (im)possibilidade da cassação da aposentadoria como sanção administrativa aplicável ao servidor público. Como é cediço, a Constituição Federal, em especial o artigo 37, foi responsável por promover robusta modificação axiológica na atuação da Administração Pública. O dispositivo ora mencionado consagra o princípio da legalidade administrativa, o qual tremula como paradigma de vinculação, afixando pontos limítrofes e conformadores para o agir administrativo. Neste quadrante, a cassação da aposentadoria do servidor público como sanção administrativa ainda desperta debates e reflexões sobre sua (in)constitucionalidade. Para tanto, é importante examinar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da temática. A metodologia empregada parte do método dedutivo, auxiliada da revisão bibliográfica como técnica primária de pesquisa.

Palavras-chaves: Cassação de Aposentadoria. Sanção Administrativa. Princípio da Legalidade Administrativa. Entendimento Jurisprudencial.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze, in the light of the jurisprudential panel of the Federal Supreme Court, the recognition of the (im) possibility of the annulment of retirement as an administrative sanction applicable to the public servant. As it is, the Federal Constitution, especially article 37, was responsible for promoting a robust axiological modification in the performance of Public Administration. The aforementioned provision enshrines the principle of administrative legality, which shifts as a linking paradigm, setting boundary and shaping points for administrative action. In this quadrant, the retirement of the public servant as an administrative sanction still arouses debates and reflections on his (in) constitutionality. Therefore, it is important to examine the Federal Supreme Court's understanding of the issue. The methodology used starts from the deductive method, aided by the bibliographic review as the primary research technique.

Keywords: Retirement Cassation. Administrative Sanction. Principle of Administrative Legality. Jurisprudential understanding.

1 COMENTO INTRODUTÓRIO: A CIÊNCIA JURÍDICA À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da

sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o "prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém" (VERDAN, 2009, s.p.). Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente.

A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião ("Olho por olho, dente por dente"), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primordialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea.

Ao lado disso, há que se citar o voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, "o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza" (BRASIL, 2009). O fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação” (VERDÁN, 2009, s.p.). Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista se cinge à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar (2005, s.p.). Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, “preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo” (VERDÁN, 2009, s.p.). Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

Escorando-se no espancado alhures, faz-se mister ter em conta que o princípio jurídico é um enunciado de aspecto lógico, de característico explícito ou implícito, que, em decorrência de sua generalidade, goza de posição proeminente nos amplos segmentos do Direito, e, por tal motivo, de modo implacável, atrela o entendimento e a aplicação das normas jurídicas à sua essência. Com realce, é uma flâmula desfraldada que reclamada a observância das diversas ramificações da Ciência Jurídica, vinculando, comumente, aplicação das normas abstratas, diante de situações concretas, o que permite uma amoldagem das múltiplas normas que constituem o ordenamento aos anseios apresentados pela sociedade. Gasparini, nesta toada, afirma que “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade” (GASPARINI, 2012, p. 60).

Nesta senda, é possível analisar a prodigiosa tábua principiológica a partir de três órbitas distintas, a saber: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Os preceitos acampados sob a rubrica princípios onivalentes, também denominados universais, têm como traço peculiar o fato de ser comungado por todos os ramos do saber, como, por exemplo, é o caso da identidade e da razão suficiente. É identificável uma aplicação irrestrita dos cânones às diversificadas área do saber. Já os princípios plurivalentes (ou regionais) são comuns a um determinado grupo de ciências, no qual atuma como agentes de informação, na medida em que permeiam os aportes teórico-doutrinários dos integrantes do grupo, podendo-se citar o princípio da causalidade (incidente nas ciências naturais) e o princípio do *alterum non laedere* (assente tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas).

Os princípios classificados como monovalentes estão atrelados a tão somente uma específica seara do conhecimento, como é o caso dos princípios gerais da Ciência Jurídica, que não possuem aplicação em outras ciências. Com destaque, os corolários em comento são apresentados como axiomas cujo sedimento de edificação encontra estruturado tão somente a um segmento do saber. Aqui, cabe pontuar a importante observação apresentada por Di Pietro que, com bastante ênfase, pondera “há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano” (DI PIETRO, 2010, p. 62-63). Ao lado disso, insta destacar, consoante entendimento apresentado por parte da doutrina, que subsiste uma quarta esfera de princípios, os quais são intitulados como “setoriais”. Prima evidenciar, com bastante destaque, que os mandamentos abarcados pela concepção de dogmas setoriais teriam como singular aspecto o fato de informarem os múltiplos setores que integram/constituem uma determinada ciência. Como robusto exemplo desse grupo, é possível citar os princípios que informam apenas o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros.

Tecidas estas ponderações, bem como tendo em conta as peculiaridades que integram a ramificação administrativa da Ciência Jurídica, de bom alvitre se revela ponderar que os “os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 20). Assim, na vigente ordem inaugurada pela Carta da República de 1988, revela-

se imperiosa a observação dos corolários na construção dos institutos administrativos. Pois, olvidar-se de tal, configura-se verdadeira aberração jurídica, sobremaneira, quando resta configurado o aviltamento e desrespeito ao sucedâneo de baldrames consagrados no texto constitucional e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrios.

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988). Nesta toada, ainda, quadra, também, ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais (SERESUELA, 2002, s.p.).

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que

qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas (CARVALHO FILHO, 2011, p. 21).

De outra banda, tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. “Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” (GASPARINI, 2012, p. 61).

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARADIGMA DE VINCULAÇÃO DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em uma primeira plana, cuida ressoar que o Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, tem suas bases fundamentais alicerçadas sobre uma dicotomia entre a atuação dos particulares e a atuação do Poder Público. No que tange à atuação dos particulares, dotada de ordem permissiva, é norteada pela máxima do que aquilo que a lei não proíbe, é permitido. Aqui, algumas ponderações são bem-vindas. Pode-se destacar, com altos alaridos, que “se denota a pedra fundante do referido mandamento na redação que inaugurou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto dos ideais advindos do Iluminismo” (VERDAN, 2009, s.p.).

Ora, o corolário em comento tem suas balizas fincadas em um período pós-revolucionário, no qual se buscou consolidar os direitos essenciais do indivíduo. Sem perder de vista tal ensinamento, o artigo 8º da Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão trouxe à baila que: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada”.

Fato é que os sobreditos postulados tiveram o condão de se desdobrar e produzir consequências no âmbito interno dos países, passando a se irradiar por seus ordenamentos jurídicos, ao tempo em que compunham, de modo claro e

robusto, suas Cartas Políticas. No Brasil, por exemplo, “a primeira manifestação de tais ditames foi vislumbrada na Carta Magna de 1824” (SÃO PAULO, s.d., s.p.). Desta feita, é possível verificar que, mesmo se tratando de um período no qual o Estado Brasileiro, quando império, encontrava-se imerso em uma aura de absolutismo e ideários que se contrapunham aos axiomas de democracia e liberdade, o constituinte positivou tal dogma.

Destarte, em um ambiente no qual as ideias de concentração de poder na figura de um único indivíduo, o Imperador, tinha pleno aceite, as concepções emanadas pelo Iluminismo permitiram o favorecimento do princípio da legalidade, mesmo que de forma tão tímida e limitada. Nesta senda, a guisa de exemplificação, pode-se trazer a lume a Constituição Outorgada de 1824, que apresentou essas premissas no artigo 179, sob a égide “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (BRASIL, 1824) (texto na íntegra)

A partir da década de 1960, progressivamente, é possível verificar o fortalecimento de “uma atmosfera marcada pela maciça repressão, decorrente de um regime ditatorial, cujas características mais substanciais estão atreladas ao total desrespeito as instituições basilares de um Estado Democrático” (VERDAN, 2009, s.p.). Com realce, cuida salientar que a década de 1960, no cenário pátrio, inaugurou o período de ditadura militar, caracterizado pela supressão de garantias e pelo aviltamento aos direitos essenciais do indivíduo, bem como pelo desrespeito aos aspectos basilares da Tripartição de Poderes. Subsistiu, assim, o ultraje ao cidadão, enquanto ser humano dotado de potencialidades a serem desenvolvidas, as quais foram abreviadas pelo regime ditatorial adotado.

Todavia, com o decorrer das décadas e a insatisfação popular, buscando o estabelecimento da democracia, tal como dos ideários ostentados, a ditadura

militar brasileira ruiu, em meados da década de 1980. Em razão de tais fatos, tornou-se imperiosa a construção de uma Carta Política que agasalhasse em suas linhas os anseios básicos da população, bem como os valores ultrajados e desrespeitados por um regime ditatorial, resguardando, por consequência, a população da manifestação arbitrária do ente estatal.

Desta sorte, o constituinte de 1988, influenciado por tais necessidades, inaugurou uma nova ordem, cujo pavilhão orientador estava alicerçado no garantismo constitucional. Neste sentido, ao adentrar nas linhas da Constituição Cidadã, vislumbra-se que o princípio da legalidade, no que concerne ao particular, foi abarcado no artigo 5º, incisos II e XXXIX, como cláusulas pétreas, elencando tal preceito como Direitos e Garantias Fundamentais. Destarte, urge trazer à tona a redação dos referidos incisos, os quais sustentam:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (omissis)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (omissis)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Por outra banda, ostentando o reverso desta liberdade restringida pela lei, ao administrador público só lhe é conferida a capacidade para agir em conformidade com os regramentos alinhados pelo próprio povo na Casa Legislativa ou de internos inerentes aos atos administrativos. Consagrado na redação do caput do artigo 37 da Carta de Outubro de 1988, o princípio da legalidade figura, dentro da Administração Pública, como diretriz fundamental, mormente no que concerne aos regramentos de seus agentes.

Com efeito, o constituinte desfraldou flâmula orientadora para atuação da Administração Pública, vinculando, via de extensão, o seu comportamento e tomada de decisão em consonância com os baldrames emanados pelo corolário em comento. O mandamento em exame, fruto da evolução política no decorrer

de séculos, tem por embrião a criação do Estado de Direito, isto é, o Estado deve respeitar as próprias leis que produz.

Nesta esteira, adotando por preceito as ponderações vertidas até o momento, é possível colocar em destaque que a atividade administrativa, em sua atuação, reclama prévia autorização dos diplomas normativos, pois, caso contrário, materializa atividade ilícita. Ao lado disso, com o escopo de robustecer as ponderações aventadas, é possível evidenciar que “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 21).

Em tal contexto, por extensão, bem se amolda ao esposado a premissa de que a vontade da Administração Pública tem como variante originária o que da lei decorre (DI PIETRO, 2010, p. 63), ou seja, não se vislumbra uma essência subjetiva, ao contrário tem como ponto de derivação a redação das normas que integram o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo (MELLO, 2013, p. 960).

Ora, é patente que a legalidade, enquanto corolário da administração, implica em o administrador pública ter sua atuação condicionada aos mandamentos dos diplomas normativos e às exigências do bem comum. Nesta

esteira, ainda, não é possível que aquele se afaste ou mesmo desvie de tais preceitos, sob pena de praticar ato eivado de invalidade, tal como se expor a responsabilidade de essência disciplinar, civil e criminal, conforme a situação concreta materializada.

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99” (MEIRELLES, 2012, p. 89). Desta maneira, resta clarividente que, além da atuação em consonância com o contido nos diplomas normativos, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. No mais, em sede de Administração Pública inexistente liberdade e vontade pessoal. Como sedimento das ponderações aventadas, é possível colacionar os entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: Apelação cível. Servidor público municipal. Município de São Leopoldo. Adicional por tempo de serviço. Lei Municipal Nº 830/58, revogada pelas Leis Municipais Nº 3.729/91 e Nº 6.055/06. Vantagem pecuniária de mesma natureza jurídica disciplinada por lei nova. Princípio da legalidade. 1. A Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), podendo fazer apenas o que a lei autoriza. (...) Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70050259167/ Relator: Desembargador Eduardo Uhlein/ Julgado em 20.03.2013).

Ementa: Conselho Superior da Magistratura. Recurso administrativo. Concessão de gratificação especial por gestão de contratos a gestores de suprimento de fundos. Impossibilidade de extensão do benefício. Ausência de previsão legal. Submissão ao princípio da legalidade. Recurso desprovido. (...) 3. A Administração, por ser submetida ao princípio da legalidade, não pode levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o prever de modo expresso. Nesse mesmo sentido, eis o uníssono entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "A atuação da Administração

Pública é cingida ao princípio da legalidade estrita, devendo obediência aos preceitos legais, sendo-lhe defeso proceder interpretação extensiva ou restritiva, onde a lei assim não o determinar." (RMS 26.944/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 21/06/2010). 4. Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – Conselho da Magistratura/ Recurso N° 100120030745/ Relator: Desembargador Carlos Henrique Rios do Amaral/ Julgado em 04.03.2013/ Publicado no DJe em 07.03.2013)

Neste sentido, inclusive, pode-se frisar, segundo os ensinamentos de Gasparini (2012, p. 61), o princípio da legalidade é a lúdima manifestação de estar a Administração Pública, ao exercer sua atividade, atrelada aos postulados inculpidos na lei, não podendo, em hipótese alguma, dela se afastar, pois, caso o faça, a consequência imediata é a invalidade do ato e a responsabilidade do autor. Em aspectos teóricos, pode-se, por fim, gizar que o princípio da legalidade é base de todos os demais princípios que instruem, limitam e vinculam as atividades administrativas, sendo que a Administração só pode atuar conforme a lei (RIO GRANDE DO SUL, 2011)[1].

De igual forma, "em observância ao Princípio da Legalidade, a administração pública não pode, a pretexto de fazer justiça, agir em desconformidade com os parâmetros legais" (ESPÍRITO SANTO, 2011)[2]. Como claro exemplo de tais ponderações, fato é que até para o aumento do salário mínimo vigente, é necessário que haja norma, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo, segundo os ditames instituídos na própria Carta da República, pois se assim não for, a sua instituição estará inquinada de vício.

3 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A pretensão punitiva do Estado, baseado no monopólio da administração da justiça, manifestado, de maneira histórica, por meio da vedação da vingança privada e da autotutela dos particulares, apresenta duas dimensões essenciais de atuação, projetando-se sobre os indivíduos por dois caminhos diversificados, quais sejam: o administrativo e o penal. Destarte, as sanções de cunho administrativo quanto as de natureza penal nada mais são do que as

manifestações do poder punitivo, ou *ius puniendi* do Estado, em suas dimensões modalidades fundamentais.

Tradicionalmente, a doutrina diferencia as duas espécies de sanções com base nos escopos, ou seja, no caso penal, a tutela da ordem social geral, assegurando valores mais amplos, e, no caso da administrativa, a tutela da organização e ordem *interna corporis*, assegurando o bom funcionamento da máquina estatal. De acordo com Espinosa e Soares (s.d.), a categorização é simplista e despida de rigor técnico-científico, porquanto é fato que as sanções de cunho administrativo tendem a exceder o mero âmbito interno da Administração, apresentando reflexões externos, conquanto que indiretos, em toda a sociedade, destinatária final dos serviços públicos.

Ademais, o Estado, na busca do interesse público, assume uma posição de preponderância em suas relações com os particulares, consubstanciada em uma série de prerrogativas e poderes especiais conferidos pela própria ordem constitucional. Sem embargos, é oportuno, ainda, assinalar que "tal posição decorre do princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o privado, que, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, norteia todo o direito administrativo, constituindo os seus dois sustentáculos básicos" (ESPINOSA; SOARES, s.d., p. 05).

O poder administrativo sancionador pode ser dirigido contra os administrados em geral ou contra pessoas que se encontrem em uma posição de sujeição especial, associadas ao Estado por liames contratuais ou estatutários. Destarte, no caso específico dos agentes estatais, a exemplo de servidores e funcionários públicos, estar-se-á diante do chamado poder disciplinar, exercido pela Administração sobre o seu quadro funcional.

O poder disciplinar, em tal concepção, é uma espécie do gênero do poder administrativo sancionador e consiste na prerrogativa conferida à Administração de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à especial disciplina dos seus órgãos e serviços, fundada no princípio da hierarquia, inerente a toda organização estatal. Assim, é forçoso reconhecer que o poder disciplinar não constitui uma faculdade discricionária do administrador, mas sim um poder-dever, eis que configurada a infração, a autoridade tem o dever de cumprir a lei e aplicar a penalidade correspondente, sob pena de também incorrer

em ilícito administrativo, inexistente abertura legal para qualquer espécie de tolerância baseada em critérios pautados em afinidade pessoal. Com efeito, na esteira das lições de Marinella,

[...] o poder disciplinar conferido à Administração Pública lhe permite punir, apenar a prática de infrações funcionais dos servidores e de todos que estiverem sujeitos à disciplina dos órgãos e serviços da Administração, como é o caso daqueles que com ela contratam (MARINELLA, 2007, p. 162)

Mafra (2005), ainda, alude que o poder disciplinar da Administração não deve ser confundido com o poder punitivo do Estado, porquanto é realizado por meio da Justiça Penal. Para o autor, o poder disciplinar é interno à Administração, ao passo que o penal objetiva salvaguardar os valores e os bens mais importantes do grupo social em questão. Em complementação, Meirelles (1958, p. 06) aduziu que a punição disciplinar e a penal se fundam em motivos diversos, bem como diversa é a natureza das penas. Logo, a diferença percebida não é de grau, mas sim substância.

Dessa substancial diversidade entre a infração administrativa e a infração criminal resultam conseqüências bem diferenciadas entre as duas punições, que podem se justapor, sem que ocorra bis in idem, vedado no Direito Penal, mas tolerado no Direito Administrativo. Por outras palavras, um procedimento pode ao mesmo tempo constituir falta administrativa e infração penal, sujeitando o seu agente às duas punições, sem que a isto se oponha o princípio do non bis in idem (MEIRELLES, 1958, p. 06).

Além disso, o poder disciplinar também é caracterizado pela discricionariedade em determinados aspectos. Sendo assim, enquanto no Direito Penal subsiste o princípio de que não há crime sem lei especial que o defina, o Direito Disciplinar não apresenta a rigidez quanto ao procedimento a ser seguido. Ademais, o administrador aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento, podendo, em tal contexto, considerar a natureza, a gravidade da infração e os

danos que resultarem para o serviço público. Meirelles, ainda, aduziu no sentido que:

O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do funcionário, em relação ao serviço, e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas (MEIRELLES, 1958, p. 07).

Neste diapasão, existe a liberdade do administrador para verificar se foi, ou não, cometida alguma infração administrativa, inclusive porque a legislação nacional emprega expressões amplas e dotas de imprecisão para conceituar determinadas faltas, tais como se observa, por exemplo, das locuções “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço” ou “desapreço na repartição”. “Contudo, apesar dessa discricionariedade, o Estado não pode se omitir na apuração de qualquer falta funcional, tendo essa aplicação da pena disciplinar o caráter de poder-dever” (FORIGO, s.d., p. 06).

Em complemento ao exposto, a não apuração pode ser considerada conivência delituosa e, portanto, configura crime contra Administração Pública. Ora, todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este render ensejo ou, ainda, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na incumbência de noticiar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Não é demasiado sustentar que o poder disciplinar, enquanto manifestação norteada pela supremacia do interesse público, não corresponde apenas ao Estado o direito de punir, mas sim o dever de punir.

4 A CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO COMO SANÇÃO ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em termos iniciais, a Lei nº 8.112/1990 é responsável, em razão do princípio da legalidade administrativa, por estabelecer as sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Sendo assim, o artigo 127 do sobredito diploma legal espanca que são penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou

disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada (BRASIL, 1990). Em complementação, a redação do artigo 128 norteia no sentido que na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, tal como os danos produzidos para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. É cediço, ainda, que o ato de imposição das penalidades mencionará, em razão do princípio da motivação, o fundamento legal e a causa que ensejou a aplicação da sanção disciplinar.

Tecidos tais comentários, em decorrência do recorte temático do presente, a sanção disciplinar preconizada no inciso IV (primeira parte) do artigo 127 da Lei nº 8.112/1990 – cassação da aposentadoria – será objeto de exame mais aprofundado, adotando como paradigma o entendimento jurisprudencial explicitado pelo Supremo Tribunal Federal. Martins (2016) afirma que a cassação de aposentadoria é penalidade administrativa assemelhada à demissão, eis que acarreta a exclusão do infrator dos quadros dos inativos e, conseqüentemente, a cessação de seus proventos. Ainda de acordo com Tavares e Santos,

A cassação dos proventos de um servidor público ocorre nos casos em que, ainda em atividade, o então funcionário da ativa tenha cometido falta punível como a pena de demissão, aplicada pela autoridade máxima a que o servidor estava vinculado, após a instauração do devido processo administrativo disciplinar, obrigatório para essas hipóteses (art. 146 da Lei no 8.112/1990), com fundamento no relatório elaborado pela comissão processante que sugeriu a pena de demissão ao indiciado (TAVARES; SANTOS, 2016, p. 83).

Veja-se, pois, que a cassação de aposentadoria consiste na extinção do vínculo jurídico mantido com o servidor jurídico aposentado ou em disponibilidade como mecanismo de punição por infração cometida por ele, quando em atividade e cuja sanção a ser cominada seria a de demissão (MARTINS, 2016, s.p.). A questão que exsurge sobre a temática em comento tangencia a possibilidade de aplicação da sanção disciplinar a servidor público acusado do cometimento de um ilícito administrativo no exercício de suas funções, mesmo após ter satisfeito os requisitos para a concessão de aposentadoria e depois de

sua homologação pelo Tribunal de Contas. Ora, denota-se que o debate não está cingido as hipóteses em que se materializaram fraudes ou algum vício de legalidade no momento do deferimento do benefício previdenciário.

A sanção disciplinar em exame incide sobre aposentadorias legítimas, que foram concedidas devidamente pelo Poder Público, contudo, posteriormente, cassadas em decorrência de alguma falta grave perpetrada pelo servidor. Inexiste, pois, qualquer questionamento acerca da higidez do benefício conferido; “a suspensão somente ocorre por fato superveniente que alteraria o fundamento jurídico para a sua concessão” (TAVARES; SANTOS, 2016, p. 84). Martins, em complementação, esclarece que:

[...] a pena de cassação de aposentadoria pressupõe o cometimento de uma falta grave durante o exercício de suas atividades, ensejadora da demissão ao servidor ativo e que venha a ser aplicada a este somente após a sua aposentadoria, sempre com o objetivo de extinguir a relação jurídica existente entre o Estado e o servidor (MARTINS, 2016, s.p.).

O autor ora mencionado, ainda, sustenta que, em decorrência da Emenda Constitucional nº 20/1998, a aposentadoria, na condição de benefício, perdeu a característica de simplória mudança de situação funcional de ativo para inativo (MARTINS, 2016). Em razão da emenda aludida, a aposentadoria resgatou a característica inerente a qualquer benefício de natureza previdenciária, a saber: o recolhimento de contribuições para sua efetivação. Ao se devolver à aposentadoria do servidor o aspecto de benefício previdenciário, reconhece-se a proteção previdenciária e que essa exige a contribuição direta do protegido no custeio de suas ações como condição necessária para a qualificação do direito adquirido a essa proteção.

Não é demasiado rememorar que a previdência tem como escopo primordial a salvaguarda dos eventos preconizados no artigo 201 da Constituição Federal, quais sejam: doença, invalidez, morte, idade, reclusão, proteção à maternidade, proteção contra o desemprego involuntário, encargos familiares e acidente do trabalho. Ora, a previdência social pressupõe o pagamento de contribuições e riscos predeterminados (com determinada previsão financeira

para realizar a cobertura). Nesta linha de exposição, é importante mencionar que “daí o entendimento de que a previdência se caracteriza como um seguro sui generis, uma vez que mesmo possuindo regramentos constitucionais e legais, pressupõe filiação obrigatória e o pagamento de contribuições para o gozo do benefício” (MARTINS, 2016, s.p.).

Estabelecidos tais aportes teóricos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado acena no sentido de que a sanção administrativa de cassação de aposentadoria encontra previsão e respaldo no Texto Constitucional. Como exemplo, a Primeira Turma se posicionou no sentido que a sanção administrativa de cassação de aposentadoria é cabível, conforme se extraem dos arestos:

Ementa: Direito Administrativo. Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Penalidade de cassação de aposentadoria. 1. A competência para a aplicação da sanção de cassação de aposentadoria é do Ministro responsável pela supervisão administrativa do órgão ao qual o servidor efetivo era vinculado, ainda que estivesse cedido no momento da prática dos atos ilícitos. 2. A aplicação da penalidade observou a previsão legal (art. 132, IV, VIII e X, e art. 134, ambos da Lei nº 8.112/1990).[...] (Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Acórdão proferido em RMS 34.944 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 07 nov. 2017).

Ementa: Direito Administrativo. Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Improbidade administrativa. Cassação de aposentadoria. 1. Pena de cassação de aposentadoria aplicada a ex-Auditor da Receita Federal do Brasil, em razão da prática de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei 8.112/1990). 2. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV c/c 134 da Lei 8.112/1990, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício

previdenciário. 3. Nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal, 'para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei'. 4. Recurso desprovido. (Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Acórdão proferido em RMS 34.499 AgR. Relator: Ministro. Roberto Barroso. Julgado em 11 set. 2017).

Em mesmo caminho, cita-se o entendimento da Segunda Turma da Corte Constitucional Brasileira:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. [...] (Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Acórdão proferido no RE 1.044.681 AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 06 mar. 2018).

Por derradeiro, ainda como ilustração, o Tribunal Pleno do Sodalício Constitucional já externou que:

Ementa: Agravo Regimental. Suspensão de tutela antecipada. Servidor público estadual. Cassação de aposentadoria. Constitucionalidade. Decisão agravada que deferiu a suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental improvido. [...] II – O Plenário Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, MS 23.299/SP, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence e MS 23.219-AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. [...] (Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Acórdão proferido em STA 729 AgR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Julgado em 28 mai. 2015).

É perceptível que o entendimento jurisprudencial apresentado pelo Supremo Tribunal Federal é pacífico no sentido de reconhecer que a sanção administrativa de cassação de aposentadoria encontra plena sustentação no sistema constitucional em vigor. Além disso, o Ministro Edson Facchin, por decisão monocrática, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.778, entendeu que

[...] o fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo, porquanto os fatos que ensejaram a cassação de sua aposentadoria se deram no exercício do cargo (BRASIL, 2018, p. 11).

Entrementes, o Sodalício Constitucional, diga-se de passagem, ainda não enfrentou a questão sobre a constitucionalidade da temática envolvendo o a questão de natureza contributiva do regime previdenciário constituir empecilho à penalidade de cassação da aposentadoria. Neste aspecto, de acordo com Tavares e Santos (2016), deve-se analisar a temática sob um duplo aspecto: mantendo-se a constitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria, de um lado; contudo, permitindo, doutro ponto, o aproveitamento no regime geral de previdência social, do tempo de contribuição prestado pelo servidor ao regime próprio, mediante compensação financeira entre os sistemas públicos de seguro social.

Em tom de acréscimo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.882-DF terá a oportunidade de enfrentar os pontos ora mencionados, contudo, até o momento encontra-se concluso ao Relator. A Procuradoria Geral da República apresentou manifestação no sentido de “tampouco há inconstitucionalidade aí, uma vez que a perda do cargo ou função pública acarreta o rompimento dos

vínculos previdenciários, causado por ato ilícito do próprio servidor” (BRASIL, 2014, p. 14).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

_____. **Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

_____. **Procuradoria Geral da República:** Parecer No 2.144/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

CARVALHO FILHO José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

ESPINOSA, Marcello; SOARES, Wilcinete Dias. Poder Disciplinar e Processo Administrativo. In: **Semana Acadêmica,** Fortaleza, p. 1-18, s.d. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.** Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

FORIGO, Camila Rodrigues. **Poder Disciplinar da Administração Pública.** Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAFRA., Francisco. Poderes da Administração: hierárquico, disciplinar, regulamentar, e de polícia. Poder de polícia: conceito. Polícia judiciária e polícia administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 8, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=803>. Acesso em out. 2018.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MARTINS, Bruno Sá Freire. A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. In: **Jornal Jurid Publicações**, Bauru, 01 mar. 2016. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____. Os poderes do administrador público. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 51, p. 1-18, 1958. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *Irr*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

TAVARES, Marcelo Leonardo; SANTOS, Estêvão Gomes Corrêa dos. Cassação de aposentadoria: o caminho do meio. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 212, out.-dez. 2016, p. 81-100. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In: Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018

NOTAS:

[1] RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70040414625. Apelação Cível. Administrativo. Servidor Público Estadual. Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS. Horas extras. Ausência de autorização do Governador do Estado. LC-RS n.º 10.990/97. Princípio da Legalidade. Prequestionamento. 1. O administrador público está vinculado ao princípio da legalidade. Portanto, nenhuma vantagem pecuniária por horas extras poderá ser percebida pelo servidor público sem expressa autorização do Governador do Estado, conforme previsão do art. 33 da LC-RS n.º 10.098/94. 2. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 23.02.2011. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

[2] ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Acórdão proferido em Recurso N°. 100100033974. Conselho da Magistratura. Recurso Administrativo. 1) Alteração na localização de servidor. Impossibilidade. Ato Discricionário da Administração. Motivos Pessoais Insuficientes. 2) Aplicação subsidiária do artigo 146, parágrafo segundo, da lei complementar 46/94. Descabimento. Observância ao princípio da legalidade. 3) Modificação da lotação de servidores. Impertinência. Obstrução ao Planejamento do Tribunal de Justiça. 4) Efetivação da remoção ocorrida no corrente ano. Não conhecer. Inovação em sede recursal. Supressão de instância administrativa. Recurso parcialmente conhecido e improvido. Órgão Julgador: Conselho de Magistratura. Relator: Desembargador Sérgio Luiz Teixeira Gama. Julgado em 31.01.2011. Disponível em: . Acesso em 12 out. 2018.

O RECONHECIMENTO DE SABERES E COMPETÊNCIAS (RSC) INSTITUÍDO PELA LEI N. 12.772/2012 E SUA APLICAÇÃO AOS DOCENTES INATIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

RAFAEL WANDERLEY DE SIQUEIRA ARAUJO:

graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Advogado integrante do Nilton Siqueira Advogados desde 2014.

RESUMO: O presente estudo tem como objeto a análise do Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC) instituído pelo artigo 18 da Lei n. 12.772/2012 para os integrantes da Carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT). Contextualizando a referida carreira, inaugurada pela Lei n. 11.784/2008, o estudo também explorará as mudanças promovidas na estruturação da carreira pela Lei n. 12.772/2012. Em seguida, serão analisados e relacionados os conceitos de Retribuição por Titulação (RT) e Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC), com especial enfoque na sua natureza jurídica e moldura legal. Finalmente, será examinada a problemática da aplicação do novo regimento relativo ao RSC, instaurado pela Lei n. 12.772/2012 a partir de 1º de março de 2013, aos docentes inativos, à luz da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Administrativo. Carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT). Retribuição por Titulação (RT). Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC). Lei n. 12.772/2012. Inativos. Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the Recognition of Knowledge and Competencies (RSC) established by article 18 of Law no. 12,772 / 2012 for the members of the Career of the Federal Magisterium of Basic, Technical and Technological Education (EBTT). Contextualizing the aforesaid career, launched by Law n. 11,784 / 2008, the study will also explore the changes promoted in the structuring of the career by Law n. 12,772 / 2012. Next, the concepts of Retribution by Titling (RT) and Recognition of Knowledge and Competencies (RSC) will be analyzed and related, with a special focus on their legal nature and legal framework. Finally, the study will also examine the issue of the application of the new RSC rule, introduced by Law no. 12,772 / 2012 as of March 1st, 2013, to

inactive teachers, in the light of the jurisprudence of the Federal Regional Court of the 5th Region.

KEY-WORDS: Constitutional. Administrative. Career of the Brazilian Federal Magisterium of Basic, Technical and Technological Education. Retribution by Titling (RT). Recognition of Knowledge and Competencies (RSC). Federal Law no. 12,772/2012. Retired. Jurisprudence of the Brazilian Federal Regional Court of the 5th Region.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT) e sua estrutura remuneratória; 2. A Retribuição por Titulação (RT); 3. O Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC); 4. A problemática sobre a aplicação do artigo 18 da Lei n. 12.772/2012 aos docentes inativos: análise à luz da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008, ao estabelecer a carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT), instituiu importantes modificações na estrutura funcional e remuneratória dos docentes do ensino básico, técnico e tecnológico federal.

Uma importante inovação foi a previsão da vantagem denominada Retribuição por Titulação (RT), paga aos docentes de acordo com sua titulação, cujo valor pode - a depender do título obtido, da carga horária e da posição funcional do docente -, até mesmo superar o valor do próprio vencimento básico.

A Lei n. 12.772, de 28 de dezembro de 2012, promoveu inúmeras mudanças na estrutura remuneratória da carreira do EBTT, a partir de 1º de março de 2013 (artigo 1º, Lei n. 12.772/2012), destacando-se, para os fins do presente estudo, a previsão do denominado Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC).

Conforme dispõe o artigo 18 da referida Lei n. 12.772/2012, o RSC pode ser concedido ao docente em três níveis distintos, a partir da avaliação das atividades acadêmicas por ele realizadas, na forma regulamentar, levando a que, a depender do nível obtido, possa o servidor perceber a RT alusiva à titulação seguinte à sua.

Apesar de nunca ter sido questionado pela Administração Pública o pagamento da RT aos docentes inativos – por força da previsão expressa do art. 117, § 1º, da Lei n. 11.784/2008, e, posteriormente, do artigo 17, § 1º, da Lei n. 12.772/2012 –, os Institutos Federais, a partir de 1º de março de 2013, com base

em Nota da AGU, passaram a indeferir os pedidos de avaliação do RSC formulados pelos docentes que estavam na inatividade naquela data. É dizer, os Institutos Federais permaneceram pagando a RT aos docentes inativos, mas passaram a indeferir a avaliação das atividades acadêmicas realizadas pelo professor quando em atividade, para fins de incremento do valor da vantagem por titulação, com base no RSC. A medida passou a ser questionada judicialmente, levando à proliferação de decisões judiciais sobre o tema.

O objetivo do presente estudo, de tal maneira, é analisar os aspectos materiais relacionados ao Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC), contextualizando-os à luz da carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico e sua estrutura remuneratória, e examinando, ao final, a possibilidade de sua aplicação aos docentes que já estavam inativos em 1º de março de 2013, quando a Lei n. 12.772/2012 passou a produzir efeitos.

O estudo iniciará contextualizando a carreira federal do EBTT inaugurada pela Lei n. 11.784/2008, destacando as mudanças implementadas pela Lei n. 12.772/2012. Feitas tais premissas, discorrer-se-á acerca da estrutura remuneratória da carreira, com especial destaque para a Retribuição por Titulação (RT), gratificação na qual repercutem as mudanças efetuadas com o estabelecimento do RSC. Finalmente, será analisada a possibilidade de aplicação do procedimento avaliatório do RSC aos servidores inativos, com enfoque especial no entendimento da jurisprudência recente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre a matéria.

1. A CARREIRA DO MAGISTÉRIO FEDERAL DO ENSINO BÁSICO, TÉCNICO E TECNOLÓGICO (EBTT) E SUA ESTRUTURA REMUNERATÓRIA

A carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT) foi inaugurada pela Medida Provisória n. 431/2008, convertida na Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008, vindo a substituir a antiga carreira de Magistério de 1º e 2º Graus, regida pela Lei 7.596, de 10 de abril de 1987, e estruturada pelo Decreto n. 94.664/1987.

Na forma do artigo 105 da Lei n. 11.784/2008, a carreira do EBTT é composta “pelos cargos de nível superior do Quadro de Pessoal das Instituições Federais de Ensino, subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação, que integram a Carreira de Magistério de 1º e 2º Graus do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei no 7.596, de 10 de abril de 1987”.

Sobre as atribuições da carreira, esclarecedoras são as lições de Neusa Maria Dal Ri e Elisângela Ferreira Floro, em seu estudo “Trabalho Docente e Avaliação de Desempenho”:

Apesar de ter atribuições comuns, a carreira de EBTT não se confunde com a carreira do Magistério Superior. De acordo com o parágrafo 2º do Art. 2, a carreira de EBTT ‘destina-se a profissionais habilitados em atividades acadêmicas próprias do pessoal docente no âmbito da educação básica, técnica e tecnológica’, conforme disposto na LDB e na Lei n.11892/2008, diferenciando-se pela ênfase na qualificação profissional e na difusão da ciência e tecnologia. As diferenças entre EBTT e Magistério Superior também se manifestam nos requisitos de entrada no serviço público, pois de acordo com o parágrafo primeiro do Art. 8 da Lei 12.772/2012 (2012, p. 2) o ingresso na carreira de Magistério Superior tem ‘como requisito de ingresso o título de doutor na área exigida do concurso’; enquanto o ingresso na carreira de EBTT, conforme parágrafo primeiro do Art.10 exigirá ‘diploma de curso superior em nível de graduação’^[1]

A então nova carreira do EBTT passou a ser regida pelas normas contidas na Seção XVI do Capítulo I da referida Lei n. 11.784/2008, com eficácia a partir de 1º de julho de 2008 (artigo 105, Lei n. 11.784/2008), correspondente aos seus artigos 105 a 121, tendo sido promovidas significativas mudanças na estrutura funcional da carreira dos docentes dos institutos federais de educação, antes integrantes da carreira de Magistério de 1º e 2º Graus. A nova lei objetivou aproximar as carreiras que integram o Magistério Federal e valorizar o professor dos institutos federais de ensino, como bem concluem Juliana Kelle da Silva Freire Barbosa e Olívia Moraes de Medeiros Neta:

Conclui-se, portanto, que a Lei que reestrutura a carreira docente do IF equipara, em certa medida, os professores da carreira EBTT com os de Magistério Superior, somado a isso, constata-se, também, que a referida carreira oportuniza os professores ascenderem profissionalmente, tendo em vista que estes são estimulados à qualificação profissional (mestrado e doutorado) e dispõe de estruturas que fomentam a participação na pesquisa e na extensão, mas há,

também, vários tensionamentos como as dificuldades que envolvem a atividade docente, devido ao fato de um professor transitar por diversos níveis e modalidades de ensino diferentes, simultaneamente.^[2]

Quanto aos docentes que estavam em atividade quando da implementação da nova carreira, dispõe o § 1º do artigo 108 da mencionada Lei n. 11.784/2008 que o enquadramento na nova carreira "dar-se-á mediante opção irretratável do servidor, a ser formalizada até 15 de agosto de 2008, na forma do Termo de Opção", segundo a tabela de correlação constante no Anexo LXIX do referido diploma legal. No que tange aos docentes que não desejassem firmar o termo de opção, passariam a integrar quadro em extinção, submetido à revogada Lei n. 7.596/1987 (artigo 108, § 3º, Lei n. 11.874/2008).

A antiga carreira de Magistério de 1º e 2º Graus era composta por vinte e um Níveis, divididos em seis Classes (A, B, C, D, E e S), dentre as quais a Especial (S), ingressando os docentes dos institutos federais de ensino já no Nível 001 da Classe C, sendo possível a progressão entre níveis mediante o cumprimento de interstício de dois anos, com avaliação de desempenho, ou de quatro anos de atividade em órgão público (artigo 16, § 1º, Decreto n. 94.664/1987).

Por sua vez, a nova carreira do EBTT, na estrutura original estabelecida pela Lei n. 11.784/2008, passou a ser composta de dezesseis Níveis, divididos em cinco Classes (D I, D II, D III, D IV e D V), com interstício de dezoito meses para a progressão por desempenho acadêmico entre os Níveis. Houve incontestável valorização do Professor dos Institutos Federais de Ensino, inclusive com significativo incremento remuneratório, conforme será melhor explorado adiante.

Em razão das necessidades verificadas com a implementação da nova carreira, foi editada a Lei n. 12.772, de 28 de dezembro de 2012, que passou a produzir efeitos a partir de 1º de março de 2013, promovendo importantes mudanças na sua estrutura, aproximando-a da anteriormente prevista na carreira de Magistério de 1º e 2º Graus (Decreto n. 94.664/1987), mediante a realização das seguintes alterações, dentre outras:

- o interstício para as progressões entre os níveis voltou a ser de 24 meses (art. 14, § 2º, Lei n. 12.772/2012), mediante aprovação em avaliação de desempenho individual;

- as cinco classes (D-I, D-II, D-III, D-IV e D-V) foram reduzidas para quatro (D-I, D-II, D-III e D-IV), como era antes de 2008 (C, D, E e S), afóra a de Professor Titular;

- o número de níveis foi reduzido de dezesseis para doze; as duas primeiras classes com, apenas, dois níveis, e as duas últimas com quatro níveis.

Com a reestruturação, a Lei n. 12.772/2012 acrescentou o Anexo LXXV-A à Lei n. 11.784/2008, com nova tabela de correlação, desta feita entre a estrutura inaugural da carreira e a nova roupagem outorgada pelo novel diploma legislativo.

No que diz respeito à estrutura remuneratória dos integrantes da carreira, previa a Lei n. 11.784/2008, já em sua redação original, em seu artigo 114, que a remuneração dos titulares de cargos integrantes do Plano de Carreira e Cargos do Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico seria composta de três parcelas: (I) o Vencimento Básico; (II) a Gratificação Específica da Atividade Docente do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (GEDBT); e (III) a gratificação denominada Retribuição por Titulação (RT).

A Lei n. 12.772/2012 revogou o referido artigo 114 da Lei n. 11.784/2008, passando a prever, em seu artigo 16, estrutura remuneratória idêntica para todo o Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, a que integra a carreira de Magistério do EBTT, que passou a ser composta de duas parcelas: (I) Vencimento Básico; e (II) Retribuição por Titulação (RT).

Para compensar a extinção da Gratificação Específica da Atividade Docente do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (GEDBT), o novo diploma legal passou a estabelecer o denominado Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC), com contornos próprios e diversos dos da gratificação que lhe foi anterior, como será adiante melhor estudado.

2. A RETRIBUIÇÃO POR TITULAÇÃO (RT)

A Retribuição por Titulação (RT) é gratificação prevista para os integrantes da carreira do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico desde a sua implementação, nos moldes do artigo 114 da Lei n. 11.784/2008, em sua redação original.

Nos termos do § 3º do artigo 117 da aludida Lei que inaugurou a carreira, a RT deve ser paga nos valores elencados no Anexo LXXIII do diploma legal, o qual prevê valores distintos, a depender da titulação do docente: aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado.

A intenção do legislador foi valorizar os títulos obtidos pelo docente ao longo de sua vida acadêmica, ao tempo em que igualmente objetivou fomentar a qualificação dos integrantes da carreira, não se tratando de gratificação "pro labore faciendo", nem se confundindo com as gratificações de desempenho outrora previstas para a carreira.

Exatamente pelo fato de não se tratar de gratificação vinculada ao efetivo exercício da atividade docente, o § 1º do referido artigo 117 da Lei n. 11.784/2008 estabeleceu que a RT deve ser considerada no cálculo dos proventos e das pensões, desde que o certificado ou o título tenha sido obtido anteriormente à data da inativação. O fator ensejador da gratificação não é o desempenho do professor nem o exercício da docência, mas sim sua qualificação, restrita, na forma originalmente prevista para a RT, aos já mencionados títulos de aperfeiçoamento, especialização, mestrado e doutorado.

Conforme já mencionado, a Lei n. 12.772/2012, que reestruturou a carreira do EBTT, manteve a RT na remuneração dos seus integrantes, bem como a previsão de que seu pagamento deve ser considerado no cálculo dos proventos e das pensões (artigo 17, § 1º, Lei n. 12.772/2012). No entanto, promoveu importante modificação dos critérios para a concessão e o cálculo dessa gratificação por titulação, ao estabelecer o denominado Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC).

3. O RECONHECIMENTO DE SABERES E COMPETÊNCIAS (RSC)

Consoante afirmado alhures, a Retribuição por Titulação (RT), na forma originalmente prevista na Lei n. 11.784/2008, era devida aos Professores do EBTT que possuíam títulos, em quatro valores distintos, a depender da titulação obtida, na forma do Anexo LXXIII do diploma normativo: aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado.

A Lei n. 12.772/2012 permaneceu prevendo o pagamento da RT aos docentes integrantes da carreira, nos mesmos quatro patamares de valores distintos (aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado), atualizados na forma da lei. Não obstante, a lei reestruturadora, em seu artigo 18, inovou ao prever que “[n]o caso dos ocupantes de cargos da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, para fins de percepção da RT, será considerada a equivalência da titulação exigida com o Reconhecimento de Saberes e Competências - RSC.”

A referida equivalência com o RSC passou a possibilitar que o docente que não possui qualquer dos títulos previstos para o pagamento da RT (aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado) passe a fazer jus à gratificação por titulação, desde que comprove a realização de atividades acadêmicas outras, merecedoras de valorização, na forma regulamentada pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, o § 1º do mencionado artigo 18 da Lei n. 12.772/2012 dispõe que o RSC pode ser concedido ao docente pelo Instituto Federal de Ensino em três níveis distintos – o RSC-I, o RSC-II e o RSC-III –, na forma e segundo procedimento a ser estabelecido pelo Conselho Permanente para Reconhecimento de Saberes e Competências, criado no âmbito do Ministério da Educação, conforme previsão do § 3º do referido dispositivo legal.

Assim, nos termos dos incisos do § 2º do multicitado artigo 18, a equivalência do RSC com a titulação acadêmica, exclusivamente para fins de percepção da RT, ocorrerá da seguinte forma: (inciso I) diploma de graduação somado ao RSC-I equivalerá à titulação de especialização; (inciso II) certificado de pós-graduação “*lato sensu*” somado ao RSC-II equivalerá a mestrado; e (inciso III) titulação de mestre somada ao RSC-III equivalerá a doutorado.

O Conselho Permanente a que se refere o § 3º do artigo 18 foi criado através da Portaria n. 491, de 10 de junho de 2013, do Ministério da Educação, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11 de junho de 2013, tendo editado sua Resolução n. 01/2014, publicada no DOU de 21/02/2014, estabelecendo as atividades acadêmicas a serem consideradas para fins de pontuação e enquadramento em nível de RSC. À guisa de exemplo, na forma da Resolução, são consideradas as seguintes atividades, dentre outras: experiência na área de formação e/ou atuação do docente antes de ingressar na instituição, cursos de capacitação, atuação em comissões e representações institucionais, produção de material didático etc.

Conforme se observa, foi assegurado aos integrantes da carreira o direito de ser avaliados de acordo com os critérios do RSC, a partir das atividades acadêmicas que exerceram ao longo da vida, o que os classifica em um dos três níveis possíveis (RSC-I, RSC-II e RSC-III), viabilizando que aqueles que não possuem qualquer titulação percebam a RT alusiva ao título de especialização, bem como que aqueles que já recebem a RT possam percebê-la de acordo com o valor relativo ao título seguinte ao que possui, da seguinte forma:

(i) os que possuem diploma de graduação, que não recebam qualquer RT, caso sejam enquadrados no nível RSC-I, passarão a receber a RT referente à titulação de especialização;

(ii) os que possuem certificado de pós-graduação *lato sensu*, que percebam RT de aperfeiçoamento ou especialização, caso sejam enquadrados no nível RSC-II, passarão a receber a RT referente à titulação de mestrado; e

(iii) os que possuem titulação de mestrado, que percebiam a RT de mestre, caso sejam enquadrados no nível RSC-III, passarão a perceber a RT referente à titulação de doutorado.

Irretocáveis, portanto, são as considerações feitas por Lucyléa Gonçalves França e Pedro Nilson Moreira Viana, em seu estudo “Retribuição por Titulação Acadêmica de Saberes e Competência dos Professores do Ensino Tecnológico”, no qual concluem:

A RSC então, permite majorar em patamar imediatamente superior o valor pago ao docente EBTT a título de Retribuição por Titulação – RT, mediante a valoração de experiências profissionais daqueles membros do magistério federal como e.g., a participação em programas públicos/privados de incentivo à pesquisa e inovação.^[3]

Para os Professores que já recebiam a RT no seu valor máximo, isto é, aqueles que já possuíam o título de doutorado, não houve qualquer mudança, por ausência de previsão legal de valores superiores a esse teto.

O RSC, destarte, ao ser instituído como base para a concessão e o cálculo da RT devida aos integrantes da carreira do EBTT, promoveu verdadeiro estímulo à realização de atividades acadêmicas, para além da simples titulação do docente.

4. A PROBLEMÁTICA SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 18 DA LEI N. 12.772/2012 AOS DOCENTES INATIVOS: ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Por força das modificações realizadas pela Lei n. 12.772/2012, a partir da regulamentação do RSC pelo Ministério da Educação e pelos respectivos Institutos Federais de Ensino, os integrantes da carreira do EBTT passaram a formular requerimentos administrativos objetivando seu enquadramento em um dos níveis de RSC, para fins de concessão ou incremento da RT que integra a estrutura remuneratória da carreira.

Deparando-se com pleitos administrativos formulados por docentes inativos, a Coordenação do Conselho Permanente de RSC, da Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica, formulou consulta à Advocacia-Geral da União (AGU) sobre o direito ou não desses servidores ao enquadramento em nível de RSC.

Em resposta à consulta, a AGU elaborou a Nota n. 103/2015/CGAA/CONJUR-MEC/CGU/AGU, esclarecendo que “o RSC, no que

concerne às aposentadorias e pensões, somente será concedido àquelas ocorridas a partir de 1º de março de 2013, atendendo, obviamente, os critérios estabelecidos pela legislação vigente”^[4].

A conclusão a que chegou a AGU baseou-se no fato de ter o órgão técnico do Sistema de Pessoal da Administração Federal (SIPEC) concluído que “não há amparo legal para concessão de RSC a servidores aposentados, uma vez que isso ensejaria a concessão de RT após a aposentadoria”, sendo desse órgão o poder decisório sobre questões de pessoal, na forma do artigo 17 da Lei n. 7.923/1989.

Note-se que a diferenciação estabelecida administrativamente não foi entre ativos e inativos, uma vez que apenas excluiu do novo regramento os servidores que já estavam inativos em 1º de março de 2013, passando a aplicar normalmente o procedimento aos inativados após essa data.

Desta forma, em observância à referida Nota da AGU, passaram os institutos federais de ensino a indeferir os requerimentos de enquadramento em nível de RSC formulados por docentes aposentados ou seus pensionistas, salvo se a inativação ocorreu até 1º de março de 2013, data em que a Lei n. 12.772/2012 passou a produzir efeitos.

Os indeferimentos levaram a que inúmeras ações judiciais fossem propostas por docentes aposentados e pensionistas objetivando seu enquadramento em nível de RSC, sendo possível colher vários precedentes judiciais sobre a matéria, sobretudo no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Conforme tem decidido a Corte Regional, o artigo 17, § 1º, da Lei n. 12.772/2012 é claro ao prever que “[a] RT será considerada no cálculo dos proventos e das pensões, na forma dos regramentos de regime previdenciário aplicável a cada caso, desde que o certificado ou o título tenham sido obtidos anteriormente à data da inativação”. Assim, tem o Tribunal concluído que “[a] Nota nº 103/2015/CGAA/COJUR-MEC/CGU/AGU, de 23/03/2015, ao dispor que somente as aposentadorias e pensões concedidas a partir de 1º de março de 2013 seriam beneficiadas com RSC, extrapolou os limites da Lei nº 12.772/2012, haja vista que estabeleceu critérios por ela não previstos” (TRF5, AGTR 0801057-14.2018.4.05.0000, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho, j. 21/09/2018).

Nesse panorama, o entendimento atual das quatro Turmas do Tribunal Regional Federal da 5ª Região é o de que contraria a legalidade restringir o enquadramento em nível de RSC e a aplicação da nova metodologia inaugurada

pela Lei n. 12.772/2012 aos docentes que estavam em atividade em 1º de março de 2013, porquanto não foi “estabelecida qualquer limitação temporal no que diz respeito às aposentadorias ou pensões, sendo a única condição explicitada no texto legal a de que o certificado ou o título tenham sido obtidos anteriormente à data da inativação” (TRF5, AGTR 0809849-54.2018.4.05.0000, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Fernando Braga, j. 18/10/2018).

Nesse trilhar, resta secundária eventual discussão quanto à inativação do docente sob as regras da paridade remuneratória ou não, uma vez que, não se tratando de gratificação exclusiva dos servidores em atividade, segundo entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não há falar em extensão hermenêutica, principiológica ou isonômica, mas sim na aplicação direta do princípio da legalidade que rege a atuação da Administração Pública, na forma do artigo 37 da Constituição Federal. Nas incontestáveis palavras de Hely Lopes Meirelles, com sua autoridade no tema:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso[5]

De igual modo, é possível colher precedentes que invocam o princípio da isonomia, ao consignar que “[a] Lei nº 12.772/2012 não estabeleceu qualquer limitação temporal quanto às aposentadorias ou pensões, pois a única condição imposta é a de que o certificado ou o título tenham sido obtidos anteriormente à data da inativação, de modo que a restrição feita pela Administração de conceder a equivalência da RT com o RSC apenas aos benefícios concedidos posteriormente a 01/03/2013 viola os princípios da legalidade e da isonomia” (TRF5, AC 0800275-95.2016.4.05.8400, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior, j. 28/09/2018). Nas lições de Alexandre de Moraes:

A constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, preventivo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações

arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça (...)[6]

Sobre a questão, bem consignou o eminente Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, que “[s]eria totalmente inadmissível que, a cada momento em que o legislador alterar a forma de cálculo de uma mesma parcela dos vencimentos dos integrantes do magistério superior seria calculada, fosse criando, também, uma casta regida pela lei total, outra casta regida pela norma outra, e, assim, infinitivamente” (TRF5, APELREEX PJe 0803867-59.2016.4.05.8300, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho, j. 01/08/2017).

Nesse ponto, quanto ao princípio da isonomia, não haveria fundamento para dar tratamento diverso ao docente que estava aposentado em 01/03/2013 quanto ao enquadramento em nível de RSC, na medida em que a RT é gratificação vinculada à titulação e às atividades acadêmicas realizadas pelo professor, sua qualificação, da qual efetivamente usufruiu o IFPE quando estava em atividade.

A nova metodologia instituída pela Lei n. 12.772/2012 não é apenas um estímulo aos docentes, mas sobretudo uma valorização dessas atividades por parte do legislador, de modo que é compatível com a natureza da RT ou do RSC seu pagamento aos docentes inativos, inclusive por força da previsão expressa do já citado artigo 17, § 1º, da Lei n. 12.772/2012.

Se o legislador passou a valorizar mais as atividades exercidas pelo docente ativo para além da titulação, com maior razão deve tal valorização ser aplicada aos inativos, que as realizaram em momento em que sequer havia repercussão financeira, com o único objetivo de melhor qualificar-se e contribuir para o ensino público federal de qualidade.

A questão, embora relativamente pacificada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conforme explanado, cuja jurisprudência é objeto do presente estudo, é controversa na doutrina. A título de exemplo, adotando posicionamento contrário ao enquadramento dos docentes inativos em nível de RSC, pode ser citado o já mencionado artigo “Retribuição por Titulação Acadêmica de Saberes e Competência dos Professores do Ensino Tecnológico”, de autoria de Lucyléa Gonçalves França e Pedro Nilson Moreira Viana, que, após interessante estudo, concluem:

Assim, com a devida vênia aos nobres posicionamentos assentados em contrário, é imperativo reconhecer a

impossibilidade de extensão da RSC a pretexto de salvaguardar paridade constitucional de benefício que, como visto, não tem natureza geral, e que, ademais, arrisca instaurar na administração tratamento avaliativo desigual para concessão de mesma vantagem remuneratória. Na gratificação em estudo, repise-se, a vantagem envolve uma avaliação individualizada e escalonada de cada servidor, inexistindo o caráter genérico e impessoal vindicado pelos partidários da extensão. Por tal razão, a RSC não pode ser estendida para aqueles servidores que se aposentaram antes de 01/03/2013, ou mesmo para aqueles servidores da ativa que não se submeteram ao processo avaliativo” [7]

Até a data da elaboração do presente trabalho (janeiro de 2019), não houve pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, sendo certo que também não é pacífica a jurisprudência entre os Tribunais Regionais Federais do País. Nesse contexto, no âmbito dos demais Tribunais Regionais Federais, é possível colher precedentes favoráveis ao enquadramento do docente inativo em nível de RSC (TRF4, AC 5000203-85.2017.4.04.7127-RS, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 04/07/2018, juntado ao PJe em 05/07/2018), e outros contrários à medida (TRF2, APELREEX 0029814-38.2016.4.02.5001, j. 25/10/2018, DJe 30/10/2018).

5. CONCLUSÃO

Como ficou demonstrado, a Retribuição por Titulação (RT) é gratificação vinculada à titulação do docente – aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado – não se referindo ao desempenho do servidor nem se relacionado à atividade efetiva da docência, razão pela qual é paga aos Professores aposentados e seus pensionistas, não apenas em razão de sua natureza, como também por expressa previsão legal (art. 117, § 1º, da Lei n. 11.784/2008, e artigo 17, § 1º, da Lei n. 12.772/2012).

O artigo 18 da Lei n. 12.772/2012 inovou ao prever o denominado Reconhecimento de Saberes e Competências (RSC), possibilitando que docentes que não possuíam qualquer título passassem a perceber a RT, e que os que já recebiam tal vantagem, passassem a recebê-la em valor superior, relativo à titulação seguinte à obtida.

A medida valorizou as atividades acadêmicas realizadas pelos docentes integrantes da carreira do Magistério Federal do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT), outrora restrita à titulação obtida pelo docente.

Com fulcro na Nota n. 103/2015/CGAA/CONJUR-MEC/CGU/AGU, os Institutos Federais de Ensino passaram a indeferir os pedidos de avaliação em nível de RSC formulado pelos docentes que estavam na inatividade quando da eficácia da Lei n. 12.772/2012, em 1º de março de 2013, os quais, assim, ficaram excluídos da nova sistemática de concessão e pagamento da RT.

Conforme entendimento externado pelas quatro Turmas do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a medida revelou-se violadora da legalidade, uma vez que há previsão expressa de pagamento da RT aos servidores inativos (artigo 17, § 1º, da Lei n. 12.772/2012), bem como da isonomia, pois não se pode criar, “a cada momento em que o legislador alterar a forma de cálculo de uma mesma parcela dos vencimentos dos integrantes do magistério superior seria calculada, fosse criando, também, uma casta regida pela lei total, outra casta regradada pela norma outra, e, assim, infinitivamente” (TRF5, APELREEX PJe 0803867-59.2016.4.05.8300, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho, j. 01/08/2017).

A matéria, porém, não está pacificada, sendo possível identificar correntes doutrinária e jurisprudencial distintas, entendendo que a RT e as regras do RSC não possuem caráter geral, estando vinculadas ao desempenho do docente, sendo, pois, “pro labore faciendo”. Resta aguardar que o Superior Tribunal de Justiça, como Corte uniformizadora da jurisprudência nacional, ou o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República, caso entenda que a matéria envolva questão constitucional, posicionem-se sobre o tema, dando maior segurança jurídica à questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Juliana Kelle da Silva Freire; NETA, Olívia Morais de Medeiros. As mudanças na carreira docente e o desenvolvimento profissional nos Institutos Federais: avanços e retrocessos. *Research, Society and Development*, v. 7, n. 9, p. 01-29, e879403, 2018. Disponível em: <<https://rsd.unifei.edu.br/index.php/rsd/article/view/403/334>>. Acesso em: 19/01/2019.

FRANÇA, Lucyléa Gonçalves; VIANA, Pedro Nilson Moreira. Retribuição por Titulação Acadêmica de Saberes e Competência dos Professores do Ensino Tecnológico. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão*,

São Luís, v. 12, n. 13 (2018). Disponível em: <
<https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/101/132>>.

Acesso em: 19.01.2019.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RI, Neuda Maria Dal; FLORO, Elisângela Ferreira. Trabalho Docente e Avaliação de Desempenho: o caso dos professores que atuam na carreira de educação básica, técnica e tecnológica. *Interfaces da Educ.*, Paranaíba, v.6, n.16, p.66-89, 2015. Disponível em: <

<http://periodicosonline.uems.br/index.php/interfaces/article/view/445/411>>;

Acesso em: 19/01/2019.

NOTAS:

[1] RI, Neuda Maria Dal; FLORO, Elisângela Ferreira. Trabalho Docente e Avaliação de Desempenho: o caso dos professores que atuam na carreira de educação básica, técnica e tecnológica. *Interfaces da Educ.*, Paranaíba, v.6, n.16, p.66-89, 2015. Disponível em: <
<http://periodicosonline.uems.br/index.php/interfaces/article/view/445/411>>;
Acesso em: 19/01/2019.

[2] BARBOSA, Juliana Kelle da Silva Freire; NETA, Olívia Morais de Medeiros. As mudanças na carreira docente e o desenvolvimento profissional nos Institutos Federais: avanços e retrocessos. *Research, Society and Development*, v. 7, n. 9, p. 01-29, e879403, 2018. Disponível em: <
<https://rsd.unifei.edu.br/index.php/rsd/article/view/403/334>>. Acesso em: 19/01/2019.

[3] FRANÇA, Lucyléa Gonçalves; VIANA, Pedro Nilson Moreira. Retribuição por Titulação Acadêmica de Saberes e Competência dos Professores do Ensino Tecnológico. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão*, São Luís, v. 12, n. 13 (2018). Disponível em: <
<https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/101/132>>.
Acesso em: 19.01.2019.

[4] *O inteiro teor da Nota está disponibilizado no seguinte link: <
file:///C:/Users/Rafael/Downloads/NOTA%20103%20CONJUR%20-*

*%20RSC%20Aposentados%20a%20partir%20de%2001-03-2013%20(1).pdf>.
Acesso em: 23/01/2019.*

[5] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.

[6] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

[7] FRANÇA, Lucyléa Gonçalves; VIANA, Pedro Nilson Moreira. Retribuição por Titulação Acadêmica de Saberes e Competência dos Professores do Ensino Tecnológico. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão, São Luís, v. 12, n. 13 (2018). Disponível em: <<https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/101/132>>. Acesso em: 19.01.2019.

A NOVA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO E A AGENDA CORPORATIVA DO CONGRESSO NACIONAL: BASTIDORES DO PROJETO LEGISLATIVO INICIALMENTE BENÉFICO AOS CONSUMIDORES QUE SE CURVOU AOS INTERESSES DO CAPITAL IMOBILIÁRIO

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado Cível, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e atualmente cursa pós-graduação (lato sensu) em Direito Empresarial na FGV-SP (GVLAW).

No âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de unidades imobiliárias, a rescisão por iniciativa do promitente comprador há muitos anos tem sido o epicentro de uma avalanche de embates judiciais entre incorporadoras e consumidores. O cerne da discussão orbita em torno da possibilidade de a incorporadora reter um percentual dos valores pagos pelo promitente comprador a título de multa contratual, fato que ainda não havia sido disciplinado pelo Poder Legislativo, até a edição da Lei nº 13.786/2018.

Ante o vácuo legislativo do tema, a fim de uniformizar a jurisprudência pátria, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") consolidou entendimento (AgInt no REsp nº 1.361.921/MG) de que nestes casos a incorporadora faria jus à uma retenção de 10% a 25% dos valores pagos pelo promitente comprador, a depender das peculiaridades do caso concreto, que seriam analisadas individualmente pelo juiz ou pelo tribunal estadual. A questão gerou tanta polêmica que foi, inclusive, objeto da Súmula nº 543, do STJ.

Entretanto, apesar do posicionamento do STJ (que não possui força de lei), muitas incorporadoras insistem em inserir em seus contratos (na maior parte das vezes, adesivos) cláusulas que permitem a retenção de percentuais superiores ao limite de 25% em caso de desfazimento do negócio por iniciativa do promitente comprador, tornando a rescisão contratual um verdadeiro tormento aos consumidores, que, para terem seus direitos respeitados, precisam judicializar a questão na maior parte das vezes.

Diante deste cenário, no dia 22.04.2015, o deputado federal Celso Russomano (PRB/SP) apresentou o Projeto de Lei nº 1.220/2015^[1], com o objetivo

de regulamentar definitivamente os casos em que o consumidor desiste do contrato de incorporação imobiliária, estipulando-se que as incorporadoras poderiam reter – no máximo – 10% dos valores pagos pelo promitente comprador até o momento da rescisão.

Todavia, em 21.08.2015, foi apensado ao PL 1.220/2015 o Projeto de Lei nº 2.616/2015^[2], de autoria do deputado federal Marcos Soares (DEM/RJ), segundo o qual o percentual autorizado de retenção pelas incorporadoras (no caso de desistência do contrato pelo consumidor) era incrementado de 10% para 15% dos valores pagos pelo promitente comprador, limitando-se a 5% do valor total do contrato.

Após, em 12.12.2018, a Comissão de Defesa do Consumidor, por meio de parecer do deputado federal José Stédile (PSB-RS), aprovou o PL 1.220/2015, na forma do Substitutivo nº 1. Neste Substitutivo, sob o pretexto de “propiciar o acesso à moradia, por meio de um mercado seguro e equilibrado”^[3], o PL 1.220/2015 passou a prever que o limite de retenção pelas incorporadoras (no caso de desistência do contrato pelo consumidor) seria de 25% dos valores pagos pelo promitente comprador, excluindo-se desse montante os valores pagos a título de comissão de corretagem.

Na sequência, em 06.06.2018, o PL 1.220/2015 foi submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados, em Sessão Deliberativa Extraordinária, oportunidade na qual o deputado federal Jose Stédile apresentou o Substitutivo nº 2 ao PL 1.220/2015, que acrescentou a possibilidade de o limite de retenção pelas incorporadoras (no caso de desistência do contrato pelo consumidor) ser de até 50%, quando a incorporação imobiliária for realizada sob o regime de patrimônio de afetação, nos termos da Lei nº 10.931/2004. Para os empreendimentos realizados fora do regime do patrimônio de afetação, o limite da multa continuou sendo 25%.

Na mesma Sessão Deliberativa Extraordinária (06.06.2018), o PL 1.220/2015, na forma do Substitutivo nº 2, foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e, no dia seguinte (07.06.2018), foi remetido ao Senado Federal para análise e votação. Entre 05.07.2018 e 21.11.2018, foram apresentadas, no âmbito do Senado Federal, 29 Emendas ao PL 1.220/2015. Dentre elas, apenas uma

expressou preocupação com a possibilidade de retenção de até 50% dos valores pagos pelo consumidor no caso de desistência do contrato de compra e venda.

Trata-se da Emenda nº 28^[4], de autoria do senador Darilio Beber (PSDB/SC), apresentada em 17.10.2018, segundo a qual a incorporadora poderia reter os seguintes percentuais:

- (i) 10% (dez por cento) dos valores pagos pelo adquirente à incorporadora, quando o desfazimento do contrato decorresse de incapacidade laborativa permanente sofrida pelo consumidor após a celebração do contrato, ou quando o adquirente perdesse seu emprego e não exercesse, no prazo de 6 (seis) meses subsequentes, atividade remunerada com expressão econômica similar; e
- (ii) 25% (vinte e cinco por cento) do montante pago pelo consumidor, na hipótese de desfazimento imotivado do contrato.

Dentre as justificativas atribuídas à Emenda, destacou-se o fato de que a jurisprudência pátria (uniformizada pelo STJ, conforme exposto acima) já sedimentou entendimento de que as incorporadoras somente podem reter de 10% a 25% do valor total pago pelo promitente comprador, nos casos de desfazimento do contrato de compra e venda por iniciativa do consumidor.

Argumentou-se, ainda, que o percentual de retenção de 50%, nos moldes do PL 1.220/2015, exclui os valores pagos a título de comissão de corretagem pelo promitente comprador, o que permitiria às “incorporadoras menos honestas” a “inflação” da taxa de corretagem, sem qualquer contrapartida ou segurança ao consumidor.

Por fim, foi alertado que grande parte dos juízes e tribunais pátrios se recusarão a aplicar o percentual de 50% com base em “princípios constitucionais variados, princípios do direito consumerista, princípios gerais do direito ou mesmo noções subjetivas de ‘justiça’ ou de ‘equidade’”. Em outras palavras, a fixação de um percentual de retenção abusivo pela própria legislação – em vez de conferir segurança jurídica e econômica às incorporadoras e aos consumidores – engendraria um cenário de instabilidade, permeado por uma série de decisões judiciais conflitantes.

Contudo, a referida Emenda foi vetada pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, em 07.11.2018, por não atender aos interesses da economia brasileira. Deste modo, após a aprovação pelo Senado Federal, o PL 1.220/2015 foi novamente remetido à Câmara dos Deputados, que, em 11.12.2018, remeteu-o à sanção presidencial. Assim – em um dos últimos dias do seu mandato – o então presidente Michel Temer sancionou o PL 1.220/2015, convertendo-o na Lei nº 13.786/2018, conforme publicado no Diário Oficial da União, em 28.12.2018.

Sem dúvidas, a aprovação da Lei nº 13.786/2018 representou a vitória do *lobby* político exercido pelas empresas de construção civil no âmbito do Congresso Nacional. O resultado final, inclusive, saiu bem melhor do que a encomenda: as incorporadoras obtiveram alvará legal para cobrar multa contratual de até 50% em caso de desistência por parte do consumidor (independentemente do motivo), lembrando sempre que a proposta inicial do PL 1.220/2015 era de multa de apenas 10% e que a jurisprudência do STJ já havia fixado limite de 25%.

Certo é que a multa de 50% somente é aplicável para empreendimentos que se enquadram no regime estabelecido pela Lei nº 10.931/2004 (patrimônio de afetação). Entretanto, na atualidade, são raras as incorporadoras que ainda não constituem Sociedade de Propósito Específico, com patrimônio de afetação, para a consecução de seus empreendimentos. E, com a nova lei, as empresas que ainda não haviam aderido ao modelo do patrimônio de afetação, certamente o farão ante a possibilidade de cobrar a multa de 50%. Ou seja, a parte da Lei nº 13.786/2018 que prevê o limite de 25% (aplicável para empreendimentos fora dos moldes da Lei nº 10.931/2004) é praticamente letra morta.

Em contrapartida, os consumidores foram os maiores lesados pela promulgação da Lei nº 13.786/2018. A multa contratual de 50% vai de encontro à base principiológica instituída pela a Lei nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor” ou “CDC”), pautada pela proteção e defesa dos direitos do consumeristas por meio de normas de ordem pública e de interesse social. Segundo o CDC, são direitos básicos do consumidor a proteção contra cláusulas abusivas, permitindo-se a modificação daquelas que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em virtude de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, IV e V).

Sem prejuízo, o art. 51, II, do CDC, estabelece a nulidade de cláusulas contratuais que subtraíam do consumidor o direito ao reembolso das quantias por si já pagas. Salta aos olhos que a possibilidade de multa contratual de 50% afronta diretamente o dispositivo. Ademais, o inciso IV do mesmo artigo também assegura ao consumidor proteção contra cláusulas que prevejam obrigações iníquas e abusivas, que o coloquem em situação de desvantagem exagerada ou incompatível com a boa-fé objetiva ou a equidade. Ou seja, por qualquer ângulo que se analise a questão, a multa de 50% autorizada pela Lei nº 13.786/2018 deturpa toda a *ratio* criada pelo sistema de proteção ao consumidor.

Em resumo, ao longo dos quase três anos de tramitação do PL 1.220/2015, que era uma proposta legislativa inicialmente benéfica para os consumidores, o Congresso Nacional (constituído pelos representantes eleitos do povo brasileiro) consagrou uma das incursões mais violentas aos direitos consumeristas, desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

NOTAS:

[1] Acesso em 06.01.2019.

[2] <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373087&filename=Tramitacao-PL+1220/2015> Acesso em 06.01.2019.

[3] Acesso em 06.01.2019.

[4] Acesso em 06.01.2019.

GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA PONTE PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

KELLY MARTINS MEDRADO: Graduada em Letras pela Faculdade de Formação de Professores de Araripina - FAFOPA; Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - Autarquia Educacional do Vale do São Francisco em Pernambuco.

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa trata sobre a gestão e fiscalização de contratos administrativos sob a perspectiva de uma conduta ética voltada para a sustentabilidade econômica social, trazendo à baila as consequências jurídicas da sua mitigação. Discute-se, ainda, a importância do papel do gestor e do fiscal como instrumento hábil para garantir a eficiência da aquisição e da prestação do serviço no âmbito da administração pública. O escopo geral deste estudo é discorrer sobre os contratos administrativos sob enfoque da conduta ética e os princípios que devem permear todos os atos administrativos e os efeitos da desconsideração da finalidade pública. Surge, por conseguinte, a necessidade de esclarecer sobre a importância da profissionalização do setor público, sobretudo, no que tange à contratação de pessoas preparadas para assumir o exercício das funções públicas, que consideram não somente os parâmetros de conveniência, oportunidade e legalidade, mas, sobretudo, diferenciam o que é honesto do que é desonesto. Para a fundamentação teórica, a pesquisa bibliográfica reforça a ideia de que a gestão e a fiscalização eficiente dos contratos firmados no âmbito público são cruciais para o desenvolvimento sustentável, assim também demonstram os resultados deste processo investigativo.

Palavras-chaves: Contratos. Público. Gestão. Fiscalização. Ética.

ABSTRACT: The present research deals with the management and supervision of administrative contracts from the perspective of an ethical conduct focused on social economic sustainability, bringing to light the legal consequences of its mitigation. It also discusses the importance of the role of the manager and the public prosecutor as a tool to ensure the efficiency of procurement and service

delivery within the public administration. The general scope of this study is to discuss administrative contracts under the ethical conduct approach and the principles that must permeate all administrative acts and the effects of disregarding the public purpose. Therefore, there is a need to clarify the importance of the professionalization of the public sector, especially with regard to the hiring of people prepared to undertake public functions, which consider not only the parameters of convenience, opportunity and legality, but, above all else, distinguish what is honest from what is dishonest. For the theoretical basis, the bibliographical research reinforces the idea that the management and efficient control of contracts signed in the public sphere are crucial for sustainable development, as well as demonstrate the results of this investigative process.

Keywords: Éthic. Contracts. Public. Private. Management.

1 INTRODUÇÃO

A excelência na gestão e fiscalização de contratos administrativos é, de fato, uma ponte para o desenvolvimento socioeconômico. Esse processo compreende a última fase da contratação. Um elo entre o produto ou serviço e a sociedade, de modo que, estruturada com base em princípios éticos e técnicas sistematizadas de acompanhamento, podem corrigir e até mesmo evitar a má aplicação dos recursos públicos.

A gestão da administração pública está fatiada, basicamente, entre três tipos de gestores: o ordenador de despesas, o gestor e o fiscal de contratos. A estruturação das responsabilidades assemelha-se a uma pirâmide: no topo, o ordenador de despesas assume a obrigação solidária com todos os demais; o gestor e fiscal estão escalonados mais ao solo e possuem uma obrigação dividida por tipo de contrato e se solidarizam com o ordenador de despesas apenas naqueles contratos nos quais efetivamente atuaram.

As contratações públicas, em sua maioria passam, necessariamente, por esses servidores que detêm o poder-dever de atuar com a estrita observância da legalidade e da moralidade, assegurando o desenvolvimento sustentável.

O art. 37 da CF/88 disciplina acerca dos princípios norteadores da administração: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a

eficiência são consideradas interfaces de um princípio maior que é a moralidade pública. Princípio basilar e condutor de todos os atos afetos à administração, conexo ao princípio da supremacia do interesse público. Nesse contexto, os atos evitados de imoralidade passaram a ser tão inválidos quanto os estritamente ilegais. Uma forma de vincular a discricionariedade ministerial à moral e aos bons costumes.

A Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos públicos, traz em seu bojo uma extensa disciplina e tem como finalidade precípua a sustentabilidade da gestão pública, por meio da contratação eficiente de bens e serviços. Para tanto, utiliza metodologias sistematizadas de aquisição. A seleção pode ser realizada com base na técnica, numa junção de critérios de técnica e preço, por sua vez o critério pode se dar apenas por menor preço para seleção de produtos e serviços de menor complexidade.

As formas de julgamento das propostas não se confundem com as modalidades de licitação descritas no art. 22 da Lei 8.666/93, que são a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e o leilão. As modalidades licitatórias amoldam-se ao tipo e ao objeto da licitação com fito de alcançar uma finalidade pública. Nessa conjuntura, o artigo 3º da intitulada lei, garante a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Contudo, entre o processo de contratação e a sua execução existe uma lacuna que, muitas vezes, fica desguarnecida de mão de obra qualificada para atuar diante das inúmeras possibilidades de desvirtuamento do objeto. Nessa fase procedimental, ressalta-se a importância da atuação técnica, moral e ética dos gestores e dos fiscais dos contratos administrativos.

A tão almejada “eficiência” do setor público exige do gestor e do fiscal um conhecimento específico acerca do objeto, bem como das legislações que amparam o direito administrativo. Considerando a complexidade do objeto a ser contratado, é vital reunir habilidades técnicas inerentes a cada área específica de atuação.

A título de exemplo, em se tratando da construção de um viaduto, um mestre de obras, certamente, não poderia assumir sozinho o risco da obra, para

tanto é fundamental a nomeação de um engenheiro qualificado para atuar como fiscal dessa modalidade de empreendimento, ou seja, nem mesmo um engenheiro sem especialização técnica teria condições de assumir tamanho compromisso. Nesse diapasão, faz-se necessário compreender todos os aspectos que envolvem as contratações públicas, desde o planejamento até a execução.

O presente estudo pautou-se em uma pesquisa bibliográfica, acerca do tema gestão e fiscalização de contratos administrativos e foram utilizadas fontes secundárias por meio de diversas literaturas existentes, periódicos dos Tribunais de Contas e sites dos órgãos de controles externos disponibilizados na rede mundial de computadores, livros e revistas, dispostos ao logo do texto.

Na primeira parte deste estudo, cumpre trazer o conceito de contrato da administração pública e as características desse instrumento. Os contratos administrativos são de fundamental importância para garantir a segurança jurídica entre as partes, a fidedignidade da execução e a eficiência da fiscalização.

No segundo momento, será feita uma visita à legislação brasileira acerca do contrato administrativo, observando que o Estado, como pessoa jurídica de direito público, é competente para obter direitos e contrair obrigações nos contratos realizados com terceiros.

Na terceira parte, elencar-se-ão algumas espécies de contratos e suas características, como a contratação de obras, prestação de serviços e fornecimento de produtos e equipamentos, ao tempo que se faz um paralelo com a importância do conhecimento técnico do gestor e fiscal na condução desse processo.

Na sequência, tratar-se-á sobre o tema central do trabalho, a gestão e a fiscalização como uma ponte sustentável para o desenvolvimento socioeconômico dos municípios, por meio de uma visão ética focada nas consequências jurídicas dos atos conflitantes com o princípio da moralidade, tendo por base o contexto político hodierno.

A grande relevância social deste artigo científico se dará através da contribuição do entendimento dos vários aspectos de uma gestão ética que serão abordados de forma prática e simples, com o objetivo de trazer à tona as benesses de agir conforme os padrões legais e morais.

2 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A maneira mais simples de compreender a essência dos contratos administrativos é verificar a forma na qual a relação entre o encargo e a remuneração é constituída em cada fase procedimental. Na análise de Renato Geraldo Mendes (2013, p. 379), “essa compreensão se dá sob dois prismas vitais, o encargo que é definido pela administração e a remuneração fixada pelo interessado em função do encargo”.

Sob outro enfoque, o doutrinador Carvalho Filho (2017, p.143) preconiza que “o substrato básico dos contratos é o acordo de vontades com objetivo determinado, pelo qual as pessoas se comprometem a honrar as obrigações ajustadas”. As obrigações ajustadas são caracterizadas pela equação entre o encargo e remuneração, atentamente distribuída no contrato administrativo.

Helly Lopes Meireles (2011, p. 227), conceitua o contrato administrativo como:

Um ajuste celebrado pela Administração Pública, agindo nessa qualidade, com particular ou com outra entidade administrativa, para a realização de serviço, execução de obra, fornecimento de materiais, gêneros ou equipamentos, ou qualquer outra prestação de interesse público.

A Administração Pública, por meio de suas entidades diretas e indiretas, executa obras e serviços públicos, bem como realiza compras e, excepcionalmente, vende bens. Para desempenhar essas atividades necessita contratar e, para fazê-lo, se sujeita a um procedimento seletivo preliminar – a licitação, fazendo conter já no próprio edital o contrato como instrumento perfeito e acabado. Dessa feita, é também considerado um tipo de contrato de adesão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conceitua os contratos administrativos como, “ajustes que a administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” (DI PIETRO, 2001, p. 147 *apud* MAZZA, 2015, p.496).

Cabe aqui fazer uma distinção entre contratos administrativos e contratos da administração. Os contratos administrativos são regidos por normas de direito administrativo (vide art. 54 da Lei 8.666/93), e estão condicionados à supremacia e à indisponibilidade do interesse público em detrimento do interesse privado, com potencial de serem alterados unilateralmente e a previsão de cláusulas exorbitantes.

O mesmo dispositivo supramencionado disciplina que, supletivamente, serão utilizados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Nesse liame, os contratos administrativos regidos pelo direito privado, como os contratos de locação de imóveis, são disciplinados pelo direito privado, sem perder o sentido público concernente à defesa dos interesses da coletividade.

Desse modo, o Estado assenta compromissos bilaterais com terceiros alheios à administração pública, por meio de um contrato administrativo, com exceção do contrato de locação de imóveis, no qual o Estado, figura como locatário e está submetido à Lei do Inquilinato nº 8.245/1991 e aos ditames do direito privado, não se classificando como contrato administrativo, mas como contrato da administração.

Esse tipo de avença travada entre o Estado e terceiros tem como finalidade o alcance das necessidades coletivas. Quando o Estado figurar em algum dos polos da relação deverá sempre prevalecer o interesse público sob quaisquer circunstâncias.

3 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução histórica dos contratos administrativos está intimamente entrelaçada com a evolução da licitação no Brasil. As primeiras regulamentações surgiram com o Decreto 2.926/1862, que juntamente com outras leis de âmbito federal regulamentavam compras e alienações públicas.

Contudo, o procedimento licitatório começou, de fato, a tornar-se mais conhecido no ano de 1986, por meio do Decreto-Lei nº 2300/86, que instituiu o

primeiro Estatuto de Licitações e Contratos Gerais, sendo atualizada em 1987, com os Decretos–lei nº 2.348/87 e 2.360/87.

A personificação do Estado trouxe a viabilidade de firmar pactos bilaterais, integrando a relação obrigacional em um dos polos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a licitação ganhou *status* de princípio delineado em seu art.37, inciso XXI:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Constituição Federativa de 1988 institui a competência para legislar sobre os contratos em seu art. 22, XXVII, que preconiza acerca da competência privativa da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação, nos seguintes termos:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa determinação está em consonância com o que disciplina o art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, com base no art. 173, § 1º, III.

Insta salientar, no entanto, que essa competência está adstrita à edição de normas gerais. Desse modo, as normas específicas podem ser editadas pelos outros entes da federação.

Em 21 de junho de 1993 a União Federal promulgou a Lei nº 8.666/93, que estabeleceu normas gerais de licitações e contratos para administração pública abrangendo a União, os Estados e os Municípios.

A mencionada lei tornou-se um divisor de águas nas contratações públicas. Em seu bojo, foram redesenhadas modalidades e formas de aquisição de bens e serviços para o estado, tais como: a concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão.

A novel lei necessitou de alguns ajustes e aprimoramentos, sobretudo, para dar agilidade aos procedimentos de aquisição de produtos de menor complexidade de custeio. Então foi engendrada a lei nº 10.520/2002, também conhecida como “a Lei do Pregão”. Uma nova modalidade licitatória que proporcionou mais agilidade e economia ao Estado, mediante a simplificação da fase de habilitação, bem como a execução das demais etapas.

Nesse novo cenário, o contrato administrativo estruturou-se com bases mais sólidas e complexas de licitação, surgindo não após o edital, mas, juntamente, nascendo com ele. O contrato materializa as normas editalícias, com condão de formalizar a vontade do ente público para com o particular. Por esse meio há uma livre manifestação das pretensões dos envolvidos, trazendo mais segurança para o negócio jurídico.

O contrato pode, ainda, ser entendido comum acordo de vontades mitigadas, pois preserva qualidades de contrato de adesão. Tem objetivo determinado e as pessoas envolvidas assumem o compromisso com as obrigações ajustadas.

O Estado, como pessoa jurídica, é competente para obter direito e contrair obrigações. Por vezes, mais direitos que obrigações. Possui, por conseguinte, a capacidade jurídica de ser sujeito de contratos.

O contrato adstringe-se a observância das normas do edital. Porém, o Estado, por vezes, vale-se do seu poder de “supremacia” para obter certas vantagens perante o particular, prova disso são as famigeradas cláusulas exorbitantes presentes nos contratos.

4 Características do Contrato Administrativo

Helly Lopes Meireles (2011, p. 227) discorre acerca das características do contrato administrativo, classificando-os como:

Bilateral, comutativo, oneroso, formal, realizado *intuitu personae* e destinado a satisfazer um interesse público. Isto quer dizer que as obrigações assumidas devem ser recíprocas, equivalentes, remuneradas, expressas num instrumento escrito, para cumprimento pessoal do obrigado e atendimento de finalidade pública específica indicada no ajuste.

Outro viés peculiar dos contratos públicos é em relação à formalização ou instrumentalização. Como regra geral, os contratos administrativos devem primar pela forma escrita, ainda que haja exceção, a exemplo dos contratos verbais de obrigação financeira não superior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para custear pequenas compras, de pronto pagamento, por meio do regime de adiantamento de verbas. A lei que disciplina a matéria institui que “é nulo de nenhum efeito o contrato verbal com a administração” (art.60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Uma característica marcante dos contratos administrativos é a presença das cláusulas exorbitantes. Segundo Alexandre Mazza (2015, p. 532):

São regras que conferem poderes contratuais especiais, projetando a administração pública para uma posição de superioridade diante do particular contratado. Prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, por isso, são aplicáveis ainda que não escritas no instrumento contratual.

Mesmo que tais regras possam parecer injustas às vistas dos contratados, destinam-se a garantir a supremacia dos entes estatais e não podem ser consideradas impróprias, pois tem lastro na Lei nº 8.666/93.

Ainda acerca das cláusulas exorbitantes, Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 376 e 377) enumera as que são consideradas obrigatórias, mesmo que não escritas:

A exigência de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, a alteração unilateral para melhor

adequação às finalidades do interesse público, a rescisão unilateral em caso de inexecução parcial ou total do contrato, a exigência de fiscalização por um preposto formalmente designado, a aplicação de penalidade por descumprimento do contrato, a possibilidade de anulação do contrato quando eivados de vícios de ilegalidade, a retomada do objeto para assegurar a continuidade do serviço público, restrição ao emprego da cláusula da exceção do contrato não cumprido e a mutabilidade em razão do fato do príncipe e da teoria da imprevisão. |

Hely Lopes Meirelles (2002) diz que os contratos administrativos possuem outras peculiaridades, além das anteriormente citadas, são características quanto à interpretação:

A interpretação mais favorável ao interesse público primário, a vinculação da administração ao interesse público, a presunção de legitimidade das cláusulas contratuais, a alterabilidade ou mutabilidade unilateral dos contratos, a excepcionalidade dos contratos de atribuição e, por conseguinte, a interpretação restritiva das vantagens conferidas ao particular. São muitas as características dos contratos administrativos, contudo, é perceptível a conexão que se faz entre elas e os princípios gerais da administração pública, a preocupação com a ética e com a moralidade. (MEIRELES, 2002, p. 502 e 503 *apud* MAZZA, 2015).

Considera-se, portanto, a interpretação que melhor represente o interesse público.

4.1 Espécies de Contratos Administrativos

Após as fases internas da contratação que perpassam pelo planejamento, cotação, elaboração do termo de referência e a licitação propriamente dita, eis que surgem, na fase externa, os contratos e suas diversas espécies. Nas palavras de Renato Geraldo Mendes (2012, p.250) "a licitação é uma realidade intermediária entre o planejamento e a execução do contrato".

Alexandre Mazza (2015, p. 504) elenca algumas espécies de contratos administrativos, a saber:

Contrato de obra pública, contrato de fornecimento, contrato de prestação de serviço, concessão de serviço público, permissão de serviço público, concessão de serviço público precedida de obra, concessão de uso de bem público, contrato de gerenciamento, contrato de gestão, termo de parceria, parceria público-privada, consórcio público, contrato de convênio e contrato de credenciamento.

As espécies contratuais, elencadas acima, possuem características próprias que estão vinculadas à modalidade licitatória, ao objeto contratado e ao valor da contratação, como:

4.1.2 Contrato de Obras

Instrumento que tem por objeto a construção reforma ou ampliação de um imóvel com destinação exclusivamente pública. Pode ainda ser repartido em duas outras subespécies: a empreitada e a tarefa. Esse tipo de contrato tem algumas condições específicas, que são: 1) projeto básico, que consiste na definição prévia da obra contendo os motivos que justificam a sua execução, extensão, a duração, a previsão dos gastos, dentre outros. Pela sua importância, a autoridade competente deve avaliar e aprovar antes do processo licitatório; 2) projeto executivo, tem o condão de apontar os elementos imprescindíveis para a execução total da obra.

O projeto básico e o de execução servem como elementos de controle da Administração, vez que observam elementos de "segurança, funcionalidade, economicidade, durabilidade, adequação de técnicas e utilização de mão de obra existente no local", conforme descreve Carvalho Filho (CARVALHO, 2017, p. 148).

4.1.3 Contrato de Prestação de Serviços

Tem como escopo o desenvolvimento de uma atividade empreendida para execução de uma necessidade estritamente pública, no sentido de atendimento à coletividade ou para satisfazer uma carência dos dirigidos. São tipos de serviço: 1) comuns, não precisam de específica habilitação, como por exemplo: conservação e limpeza, pintura e vigilância; os serviços técnico-profissionais exige-se que haja habilitação legal, tais como: pareceres, perícias e avaliações.

4.1.4 Contrato de Fornecimento

Modalidade através da qual a administração auferir bens de consumo duráveis, não duráveis, imobilizados dentre outros necessários a consecução do desenvolvimento da atividade estatal. Conforme legislação vigente o servidor responsável por essa contratação deve obrigatoriamente caracterizar o objeto a ser adquirido, bem como identificar os recursos financeiros que serão utilizados para efetuar a compra.

Deve-se respeitar ainda algumas diretrizes como a padronização, vez que os produtos precisam ter as mesmas características técnicas; o da razoabilidade, haja vista, que é imperativo harmonizar o interesse da coletividade com o processo licitatório. O equipamento, bem ou serviço sempre deve ser adequado à utilidade pública, conforme escala de necessidade e prioridade da sociedade.

4.1.5 Contrato de Concessão

Tipo de instrumento que outorga a terceiros o cumprimento da responsabilidade iminentemente estatal, tais como: concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público. Essa modalidade tem como premissa a exploração dos serviços públicos a expensas do contratado, com prazo e exigências regulamentadas por lei e explicitadas em contrato.

Na Concessão, o Estado é o titular dos bens, enquanto o particular é possuidor das faculdades inerentes ao objeto do contrato firmado.

4.1.6 Contrato de Permissão

O mais simplório dos contratos, em termos de formalidade, está delineado por meio da Lei Federal n. 8.987/95 e tem como premissa a precariedade do acordo estabelecido entre partes.

Preleciona a Lei 8987/95 em seu art. 40 que:

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Nessa modalidade o Estado prima pela descentralização dos serviços públicos por meio de delegação, formalizando os contratos por tempo indeterminado, os quais podem ser rescindidos a qualquer tempo sem direito à reparação. O permissionário poderá ser pessoa física ou jurídica e assumirá o risco integral da atividade.

4.1.7 Convênios e Consórcios Públicos

Convênios se estabelecem por meio de um acordo mútuo de vontades convergentes em relação ao objeto conveniado, pactuados entre instituições públicas e privadas.

De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2011) convênio se consubstancia como um acordo, entretantes não é considerado um contrato, haja vista as peculiaridades do acordo que nasce de vontades convergentes. De outro modo, nos contratos, as partes possuem interesses diferentes. Nessa conjuntura, nos convênios, prevalece a cooperação entre as partes com o fito de atingir um interesse social que, nesse caso, é comum aos signatários.

Para os consórcios aplicam-se praticamente as mesmas regras, diferenciam-se apenas no tocante às partes e aos objetos, segundo doutrinador supramencionado, trata-se de pactos avençados entre os entes da administração pública direta e indireta para realização dos interesses comuns.

4.1.8 Termos de Parceria

Os termos de parcerias têm como objeto primordial o desenvolvimento de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, como preceitua o artigo 1º da Lei nº 9.637/98. O Estado transfere, ainda que

temporariamente, parte das suas atividades finalísticas para um ente alheio à administração.

Esse instrumento é bastante útil, sobretudo nas áreas de educação e saúde. Através dos termos de parcerias o Estado busca solucionar a falta de estrutura física e operacional para levar os serviços essenciais até a população mais carente.

Como visto, são várias as espécies de contratos administrativos. Inúmeras, são as particularidades, alguns mais complexos outros menos, a depender do objeto contrato. Nesse viés, o gestor e o fiscal devem estar preparados para atuarem de forma eficiente. Para tanto, é necessário que ambos se insiram no processo desde a fase interna de planejamento no intento de avaliar a necessidade da contratação, tendo em vista o público alvo e a disponibilidade orçamentária do ente.

Esses agentes devem ser designados com base nas habilidades técnicas, afim de que possam colaborar com informações para confeccionar o edital e, posteriormente, gerir e fiscalizar o contrato até findar a sua vigência. Muito embora esse entendimento ainda não seja uma realidade na administração, é premente a necessidade de se preencher essa lacuna.

Os órgãos de controle externo, em diversos manuais e jurisprudências, contemplam esses agentes, formalmente designados, como figuras de suma importância para execução e acompanhamento dos contratos. Atribuem a eles, inclusive, penalidades pela ausência de conhecimento específico, essencial à consecução do objeto licitado.

5 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos dos agentes públicos são dirigidos pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem o direito administrativo. Com isso, detêm o poder-dever de resguardar a finalidade pública no âmbito das suas atribuições.

O contrato administrativo, por conseguinte, não pode ser celebrado sem considerar tais preceitos, mesmo que sob questão de urgência ou emergência. Estabelece que toda e qualquer atividade que o servidor praticar deve estar em conformidade com o que diz a legislação. Daí surgiu a máxima: “o servidor público só pode fazer aquilo que a lei estritamente determinar, enquanto o particular tudo aquilo que a lei não proibir”, conforme entendimento pode-se extrair da Constituição Federal no art. 37 caput e art. 5, inciso II.

Todos são iguais perante o Estado. Diante disso, estabelece-se que os atos administrativos devem ser praticados com base nos interesses coletivos, motivo pelo qual os contratos só devem ser firmados com aquele que foi declarado vencedor no processo licitatório, para que não beneficie ou prejudique pessoa específica. Age-se, assim, na esfera pública com imparcialidade.

O princípio da moralidade compele os agentes públicos a agirem de maneira ética, compreendida na capacidade de distinção entre o que é definido como honesto ou desonesto. O servidor deve ter uma conduta ilibada, exemplar, pautada pela lealdade, fidelidade funcional e, sobremaneira, pela boa-fé.

Do mesmo modo, José Carvalho Filho (2017) advoga que esse fundamento determina que aquele que atua em nome do Estado deve resguardar os preceitos éticos. Para tanto, é imperativo que verifique se os critérios de conveniência, oportunidade e justiça estão embasando suas condutas, mas, sobretudo, discernir o que é honesto daquilo que vislumbra um ato desonesto.

Agir com boa-fé, decoro e probidade é essencial para que os atos administrativos sejam eficientes. Consubstancia a moralidade pública quando há o sopesamento da legalidade e finalidade. Sobre a necessidade de a moralidade estar presente no agir do servidor público, o doutrinador Hely Lopes Meirelles (2011) diz que esse princípio é pressuposto de validade de todo ato da administração pública conforme preconiza o art. 37 da Lei Maior.

O princípio da publicidade impõe à Administração Pública o dever legal de ser transparente, informando à população sobre os seus atos, tornando-os públicos. Dessa forma, o contrato administrativo deve ser acessível à população, vez que o cidadão, assim como os órgãos competentes devem verificar e controlar a legalidade, assim como a moralidade, a impessoalidade e todos os demais requisitos que permeiam a atividade estatal.

Enquanto o princípio da eficiência busca maior produtividade com menor custo possível. E esse é um dos maiores desafios da atualidade, o combate ao desperdício financeiro, o desvio de verbas, a ineficiência do serviço público deve ser ferrenhamente combatida. A bússola norteadora do serviço público é o interesse coletivo e não é razoável que toda a população seja onerada pelas mazelas da Administração Pública.

É elementar que a atividade administrativa seja realizada com presteza, o máximo de perfeição e rendimento funcional, almejando maior produtividade e redução dos desperdícios financeiros. Esse preceito vive uma crise substancial, haja vista que a corrupção, a falta de ética e os valores estão ameaçados pelo agir tanto do servidor público quando daqueles que se beneficiam dessa prática.

Doutra banda, o Código de Ética do Servidor Público Civil Federal, especificamente os incisos I e II das Regras Deontológicas, do Decreto 1.171, de 1994:

I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.

II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no [art. 37, caput](#), e [§ 4º, da Constituição Federal](#). (BRASIL, 1994).

No contexto das contratações, há uma lacuna que enseja excessivo cuidado, como dito alhures, entre a contratação e a execução do objeto, pois, repetidamente, fica desguarnecida de mão de obra qualificada para atuar diante das inúmeras possibilidades de desvirtuamento do objeto, ameaçando os princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

É salutar, para tanto, que o gestor e o fiscal de contratos administrativos tenham ciência da legislação, assim como dos princípios éticos que guarnecem o Direito Administrativo.

Nessa conjuntura, violar os princípios éticos é ferir o Direito propriamente dito, caracterizando ilicitude e, por conseguinte, sujeito à invalidação, de acordo art. 37 da Constituição Federal. Não é uma faculdade, portanto, é dever legal agir conforme os princípios da administração pública.

6 O PAPEL DO SERVIDOR PÚBLICO NA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

No intento de gerir e alocar recursos com mais eficiência, a administração descentralizou a gestão dos contratos entre os ordenadores, gestores e fiscais de contratos, para garantir a melhor aplicação dos recursos em face da imensa demanda que atualmente desafia o Estado. Esses agentes são responsáveis por garantir a finalidade pública e a supremacia do interesse estatal, por atuarem diretamente em todos os atos administrativos.

Durante muitos anos, o foco da administração pública permeou-se em torno do controle de legalidade afeta apenas à fase inicial da contratação, a licitação. Servidores e agentes externos se debruçaram na complexidade dos editais e dos objetos cada vez mais específicos e tecnológicos.

Todavia, o contrato, concretizado durante a licitação, é a verdadeira materialização das vontades, pois adjudica a relação bilateral para todos os efeitos legais. Por essa razão, a atuação dos gestores e fiscais carecem de uma atenção especial no tocante ao controle de legalidade.

É salutar compreender a disciplina legal e jurisprudencial que recai sobre as figuras do gestor e do fiscal de contratos e sua função precípua que é representar o Estado na execução dos contratos. Tendo em vista que são responsáveis solidários por todos os eventos danosos que decorrerem da ação ou omissão enquanto durar o mandato.

“Concluída a licitação e celebrado o contrato administrativo, inicia-se a nova etapa de gestão de contratos, denominada de fase de execução do contrato.

É a fase que se encontra entre o contrato e o recebimento do objeto” (ALVES, 2005, p. 27).

Nas palavras de Amauri Alves Nery e Leonardo José Alves Leal Nery, “Os fiscais, todavia, não assistem a um reconhecimento maior de sua função por parte da Administração Pública. Constata-se que a função de fiscal de contrato é acessória à atribuição legal do servidor, não lhe oferecendo nenhum benefício”. (NERY, Amauri Alves; NERY, Leonardo José Alves. 2010. p.36).

Essa abordagem demonstra a necessidade da profissionalização das funções públicas, da normatização das condutas, dos procedimentos e da manutenção da primazia da continuidade dos serviços públicos, por meio de seus agentes, que deveriam ser contratados para exercer a finalidade fiscalizatória como função primária.

Nas palavras de Marques e Barral (2013, p. 7):

Não basta ter um contrato bem elaborado e adaptado às necessidades da Administração e aos interesses do contratado. É imperioso que haja uma gestão atenta e competente das atividades contratuais, visando a tornar efetivas as condições nele inscritas.

Apesar de não existir o cargo, em sua essência, a Lei 8.666/93, no seu artigo 67, *caput*, disciplina que “a execução do contrato deverá ser fiscalizada e acompanhada por um representante da administração especialmente designado, permitindo ainda a contratação de terceiros para assisti-lo de informações pertinentes a essa atribuição”.

Nessa senda, a fiscalização do contrato se constitui como um dever da administração. Contudo, não é obrigatório o concurso/seleção para assunção dos cargos primários de gestor e fiscal de contratos. Ademais, o supramencionado permissivo legal proíbe a terceirização da atividade de fiscalização, possibilitando apenas a contratação auxiliar.

A nomeação do fiscal deve ser formal, por portaria ou no próprio termo de contrato, a fim de que fique evidente quem, da administração, será o responsável pelo acompanhamento do contrato.

O fiscal tem a obrigação de examinar as minúcias do contrato, tais como: objeto, dotação orçamentária, obrigações contratuais da empresa e do órgão estatal, cláusulas de reajuste e penalizações. Todos os documentos relacionados à contratação são importantes no encargo de fiscalizar.

A tarefa mais importante é o "atesto". Nessa fase o fiscal deverá agir com cautela e amparado em documentos hábeis e somente após realizar uma análise profunda da e certificar-se de que o objeto (bem ou serviço) foi devidamente executado.

Por todas as razões aqui expostas é possível compreender a dificuldade de se alocar servidores efetivos aptos e motivados financeiramente a exercerem o encargo acessório, de fiscalizar os contratos da administração.

Desse modo remanesce, a obrigação, como de costume, para os cargos comissionados. Contudo, em razão da transitoriedade da contratação, ausência de compromisso contínuo com o Estado e de especialização técnica, vez que em sua maioria são indicações políticas, absurdos são descobertos em todo momento.

Os jornais brasileiros nos dois últimos anos trouxeram à tona inúmeras notícias de obras inacabadas, mal-acabadas, superfaturadas etc., reflexo de uma gestão falida e contaminada em todas as fases da contratação.

O exercício de fiscalizar contratos públicos é extremamente dinâmico, a máquina pública não para, está em constante evolução. Diante disso, o exercício de gerir a coisa pública requer a máxima eficiência e efetividade, com o mínimo de recursos disponíveis.

O gestor, tanto quanto o fiscal, precisam dispor de muita atenção e agir com determinação frente aos obstáculos e, não raramente, esbarrará com interesses conflituosos aos da coletividade e de sua própria conduta ética.

Léo da Silva Alves (2005, pag.25) faz uma pertinente distinção entre a gestão e fiscalização de contratos, nesse contexto, esclarece essa diferenciação da seguinte forma:

A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual. Na gestão, cuida-se, por exemplo, do reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc. É um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou um setor. Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato.

É comum haver essa confusão dentro da própria administração, o fiscal designado extrapola suas atribuições e invade as prerrogativas do gestor, causando prejuízos à execução do contrato em diversas esferas.

Ao fiscal cabe tão somente a função de fiscalização e de orientação. No exercício de suas atribuições, ao perceber alguma ilegalidade ou falha no produto/serviço tem o dever legal de notificar a contratada para corrigir o feito, sob pena de não atestar a nota fiscal enquanto perdurar a querela. Contudo, caso as pendências não sejam sanadas deverá imediatamente relatar a autoridade superior, o gestor do contrato.

No que tange a matéria, a Lei nº 8.666/1993, nos artigos 54 a 88, disciplina a respeito da gestão de contratos administrativos da seguinte forma:

a) cláusulas necessárias, garantias, prazo de vigência e execução, prorrogação, prerrogativas e nulidade); b) da formalização de contrato - celebração, arquivamento e publicação; c) das alterações unilaterais e amigáveis, acréscimos e supressões de valores; d) da execução propriamente dita- designação de fiscal, fiscalização, direito e obrigações das partes, recebimento do objeto e prorrogação, e) inexecução e rescisão do contrato, rescisão

unilateral e amigável e consequências e por último, disciplina sobre as sanções administrativas, tais como: multa, advertência, suspensão e declaração de idoneidade.

O exercício das funções de gestor e fiscal de contratos, como se pode compreender, está envolta de uma série de responsabilidades. E, para tanto, carece de conhecimentos gerais e especiais, todos inerentes à prestação da atividade estatal, destacando-se as áreas de orçamento público, economia, administração, jurídica, contábeis, de engenharia, de saúde etc.

Todos esses saberes são essenciais para o enfrentamento do encargo do gestor e fiscal, tendo em vista as possíveis intempéries que possam advir das áleas ordinárias e extraordinárias do contrato. Diante do exposto, consubstancia-se no desenvolvimento sustentável, vez que o contrato administrativo é firmado dentro dos parâmetros econômicos sociais para atingir a finalidade pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo de todo o contrato administrativo é atender à estrita finalidade pública, através da gestão dos recursos estatais com eficiência e responsabilidade. Nesse diapasão, a formação técnica e profissional para o exercício de cargos públicos deve ser uma exigência da gestão pública.

A gestão e fiscalização devem ocorrer concomitantemente com consumação do contrato, sob pena do perecimento do objeto. O objetivo primordial é inibir, corrigir ou substituir produtos e serviços que venham causar prejuízo à administração e a sociedade. Não adiantará valer-se dos melhores contratos sem uma gestão ágil e eficaz.

A administração está sendo empurrada para um novo patamar, qual seja, da informatização e da profissionalização na busca efetiva do bem comum. Nesse contexto, o princípio da moralidade pública deve estar presente em todos os atos. Os pilares quando bem estruturados viabilizam a aplicação adequada dos recursos públicos, evitando que toda a sociedade seja penalizada.

Diante disso, o servidor público é o elo indispensável para que tudo isso aconteça. As regras, às quais está submetido, abrangem previsões de conduta determinadas e precisas. Os princípios, por seu turno, estabelecem o sentido e o alcance da norma, traçando um parâmetro para a compreensão e produção dos atos administrativos.

Doutra banda, quando a administração realiza concursos públicos para provimento de cargos, não prioriza o preenchimento das funções que realizam a gestão de contratos, convênios, de orçamento, de logística e, especialmente, de fiscalização, vez que, em sua maioria, são ocupados por cargos em comissão sem qualquer capacidade técnica específica. Porquanto, essa forma de ingresso no serviço público influi significativamente para diminuir a capacidade administrativa política da gestão.

A vulnerabilidade percebida no exercício dessas funções desencadeou a formação de uma imensa onda de mal feitos ao longo dos anos. Por esta razão, a fiscalização de contratos tornou-se um dos pontos mais sensíveis da gestão pública atual.

O problema é que os governos tratam suas atividades de modo artesanal, arcaico e, sobretudo, paternalista. Hoje, o direito administrativo está revestido de um exagerado grau de complexidade, impulsionado pelo aperfeiçoamento dos órgãos de controle externo, pelo poder da informação em tempo real e pela atual pressão social através dos meios de comunicação.

A formação técnica e profissional dos agentes deve ser uma exigência da gestão administrativa. Disso, depende a expansão socioeconômica brasileira e a garantia do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável da sociedade é o grande vetor dos governos federal, estadual e municipal. A razão de existir dessa "gigantesca empresa". A mudança de paradigma acerca da essencialidade das funções de base pode transformar sobremaneira o cenário socioeconômico atual.

Nesse contexto, é primordial que os responsáveis pela gestão e fiscalização extraíam do formalismo contratual resultados objetivos de modo ético e eficiente para satisfação da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. Gestão e fiscalização de contratos públicos. **Revista Tribunal de Contas da União**, 102, 2012. Disponível em: <http://revista.tuc.gov.br>
- Acesso em: fev. 2018

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR-10520: informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. NBR-6028: resumo. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

_____. NBR-6023: informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação. 2ª ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.926/1862**. Regulamenta para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>Acesso em: março 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2300/86**. Instituída sobre Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm. Acesso em: novembro 2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.348/87**. Instituída sobre Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2348.htm. Acesso em: novembro 2018.

_____. **Decretos-lei nº 2.360/87.** Instituída sobre Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1965-1988/Del2360.htm. Acesso em: novembro 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: . Acesso em: novembro de 2018.

_____. **Lei 8.245/1991.** Institui a Lei do Inquilinato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm. Acesso em: novembro 2018.

_____. **Lei 8.429 de 1992.** Institui a Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm Acesso em: novembro. 2018.

_____. **Lei 8.666 de 1993.** Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: novembro. 2018.

_____. **Decreto 1.171 de 1994.** Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: fev de 2018.

_____. **Lei nº 8.987/95.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: novembro de 2018.

_____. **Lei nº Lei nº 9.637/98.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em: novembro de 2018.

_____. **Lei 10.520/02.** Lei do Pregão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acesso em: novembro de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 32ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo.** Salvador: Podivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos.** 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública.** Curitiba: Zênite, 2008.

_____. **O processo de contratação pública? Fases, etapas e atos.** Curitiba: Zênite, 2012.

_____. **A quarta dimensão do direito.** 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 4, p. 211-215, jul./set. 1993.

NERY, Amauri Alves; NERY, Leonardo José Alves. 2010. p.36. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500850.pdf>

MARQUES, Floriano de Azevedo Neto; BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. Manual de gestão e fiscalização de contratos. **Revista Tribunal de Contas do Distrito Federal**, 36: 025-046-2010 Distrito Federal, ENAP, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. **Revisitando as teorias principiológicas no estado democrático de direito**. Fórum Administrativo, v. 16, n. 187, p. 52-60, set. 2016.

O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

MILA ALVES DE OLIVEIRA SOARES: Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Resumo: O artigo trata sobre a responsabilidade civil do médico, bem como os tipos de erro médico e suas principais causas, tratando por fim da medicina defensiva. O trabalho fundou-se em técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de diversos recursos, como: livros, revistas especializadas, legislação e jurisprudência e artigos publicados na internet, sendo utilizada a abordagem qualitativa nas quais os dados serão lidos, analisados, interpretados e descritos. O método principal a ser utilizado foi o dedutivo, pois parte de princípios e teorias gerais para se chegar ao resultado pretendido e como auxiliar o histórico e o comparativo. Já o método qualitativo foi usado, pois foram lidos diversos livros, revistas, jurisprudências e códigos e todos eles serão analisados, testados e transcritos numa hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: responsabilidade civil, erro médico, negligência, imprudência, imperícia, meio, resultado, medicina defensiva.

Summary: The article deals with the civil liability of the physician, as well as the types of medical error and its main causes, ultimately dealing with defensive medicine. The work was based on documentary and bibliographical research techniques, using a variety of resources, such as: books, specialized journals, legislation and jurisprudence and articles published on the internet, using the qualitative approach in which the data will be read, analyzed, interpreted and described. The main method to be used was deductive, since it is based on principles and general theories to arrive at the desired result and as an aid to historical and comparative. The qualitative method was used, since several books, journals, jurisprudence and codes were read and all of them will be analyzed, tested and transcribed in a legal hermeneutics

Key words: civil liability, medical error, negligence, recklessness, malpractice, middle, result, defensive medicine.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 BREVE HISTÓRICO. 2.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO NA ATIVIDADE MÉDICA. 2.3 OS TIPOS DE ERRO MÉDICO. 3. MEDICINA DEFENSIVA. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o erro médico e sua responsabilidade civil fazendo, primeiramente, um breve histórico sobre o tema. Merece destaque também a diferenciação entre obrigação de meio e de resultado na atividade médica, os tipos de erro médico e, por fim, a medicina defensiva, como forma de mostrar aos médicos como quais os seus direitos e deveres e como evitar o erro médico e sua futura responsabilização.

2 ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Breve Histórico

Como surgiram os médicos? Como essa profissão tornou-se tão reconhecida? Por que esses profissionais, considerados heróis na maioria das vezes, incidem em erros que podem levar a morte de seus pacientes?

Com o surgimento do homem, surgiram também as doenças, afinal quando nosso corpo entra em contato com algo incompatível com o organismo do ser humano, o mesmo externa essa incompatibilização com algum sintoma, deixando-nos doentes. Sendo assim, desde que o homem existe ele procura uma cura para as doenças que surgem ao longo de sua vida. Entre o século VI e II antes de Cristo a medicina revistou-se de caráter religioso e mágico, envolto por crenças e superstições, sendo apenas explicado como vontade de Deus quem deveria viver ou morrer. Foi com os gregos que ela passou a ser conhecida como uma ciência, ganhando cunho racional e científico graças a Hipócrates, considerado o pai da medicina. Hipócrates fazia parte de uma família que mantinha longa tradição na prática de cuidados em saúde. Ele direcionava seus conhecimentos em saúde no caminho científico e recusava qualquer explicação que se sustentasse em crenças ou superstições. Hipócrates possuía também uma incontestável conduta médica,

foi assim que surgiu o famoso Juramento de Hipócrates, declamado por todos os médicos no momento da sua formatura.

Até o século passado, os médicos ainda eram vistos como aquela figura onipotente, detentor de todo conhecimento. Não apenas um profissional, mas um médico de família, amigo e conselheiro e seus serviços jamais eram postos em dúvida, pois todos sabiam que para se tornar médico era necessária muita qualificação e dedicação visto que eram escassas as faculdades de medicina. Porém, a situação não é mais essa. A medicina tornou-se um mercado bastante lucrativo fazendo surgir diversas faculdades e uma consequente queda na qualidade do ensino, além de as pessoas escolherem tal profissão não por vocação, vontade de ajudar o próximo, mas por a medicina ser uma das poucas profissões que garantem uma sobrevivência econômica decente para aqueles que a praticam, além de garantirem status social. Mas são esses pontos que fazem o médico incidir em erros na maioria das vezes. Já que a remuneração que o Estado, e até mesmo os planos de saúde, pagam aos médicos são muitas vezes insatisfatórias e a fila de pacientes só faz aumentar, eles são obrigados a trabalhar em diversos locais, dando plantões exaustivos para obter uma boa remuneração e atender a todos os que precisam. Contudo, devido a essa exaustão, deixam, algumas vezes, de examinar com o zelo necessário todos os pacientes sendo esse, geralmente, o momento que ocorre o erro médico.

Percebemos também o surgimento do erro médico com a publicidade exacerbada de certos profissionais que almejam apenas o lucro, primando pelo sensacionalismo, autopromoção e concorrência desleal, sem o mínimo de respeito necessário ao Código de Ética Médica. Sem falar do surgimento absurdo de consórcios, carnês de pagamento e até mesmo sorteios e bônus promocionais para consultas e outros procedimentos na área de cirurgia plástica e estética que, muitas das vezes, contam com os profissionais menos qualificados que buscam apenas lucrar, já que não têm competência para conseguirem pacientes por reconhecimento do seu esforço, não se importando com o bem estar dos seus pacientes.

O aumento da tecnologia fez pensar que os erros médicos diminuiriam já que os procedimentos não dependeriam tão somente do homem, mas contariam com a substancial ajuda das máquinas. De fato, a tecnologia auxiliou em diversas áreas como nas cirurgias cardíacas e neurológicas, mas para que essas máquinas

alcancem êxito é preciso que os médicos que as manejam façam cursos e se atualizem sempre para que possam usá-las da melhor maneira possível. Mas não é esse o pensamento de muitos profissionais da saúde. Os médicos que não primam pela atualização profissional pensam que depois que saem da faculdade já possuem todo o conhecimento necessário, sem pensar que a medicina é uma ciência que está em constante evolução, sendo necessários cursos para atualização de conhecimentos a fim de aprenderem novas técnicas e tomarem conhecimento de novas doenças que não param de surgir e seu devido tratamento. Deve-se levar em consideração, porém que a melhor formação universitária e a mais alta especialização profissional não dão autorização para o médico agir como bem entender, ele precisa levar em consideração a vontade do paciente e sua família na hora do tratamento.

É evidente que o exercício da medicina, por sua peculiaridade, sempre propiciará a possibilidade de causar dano a outrem e é esse risco que deve ser sempre a preocupação do bom profissional. Não é possível eliminar efetivamente o erro, pois ele é inerente a condição humana, contudo o médico, sendo detentor da mais aguçada consciência profissional, deve encontrar modos para minimizar a sua margem de erros. Desse modo não irá prejudicar os pacientes que precisam de sua ajuda e não se prejudicará também já que o profissional que responde por processos decorrentes de erro médico são, muitas vezes, desmoralizados diante da sociedade não passando mais a confiança necessária que a população precisa ter ao se consultar com um profissional da saúde.

2.2 Obrigação de Meio e de Resultado na Atividade Médica

Apesar de parecerem sinônimos, obrigação e responsabilidade são institutos diversos. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 35) "a relação jurídica obrigacional resulta da vontade humana ou da vontade do Estado, por intermédio da lei, e deve ser cumprida espontânea ou voluntariamente".

A partir do momento que esse fato não acontece surge a responsabilidade, tendo com garantia o patrimônio geral do devedor. Logo, se a prestação for cumprida não surgirá a responsabilidade. Tendo isso esclarecido, passemos a diferenciar a obrigação de meio e de resultado.

Citando, novamente, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 174), "diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado sem, no entanto, responsabilizar-se por ele."

Como exemplo dessa obrigação de meio temos os médicos e os advogados. Ambos prometem dedicar esforço máximo para que seus pacientes/clientes fiquem satisfeitos, mas é impossível os médicos garantirem aos seus pacientes que sua doença será curada ou o advogado garantir ao seu cliente que sua causa será ganha já que ambos contam com situações externas que podem influir no resultado.

Na obrigação de resultado, a mesma só cessa quando o fim prometido é alcançado. Caso isso não aconteça, o devedor é considerado inadimplente, devendo responder por todos os prejuízos decorrentes do insucesso de sua conduta. Como exemplos da obrigação de resultado surgem sempre os empreiteiros e, na área médica, o cirurgião plástico. Ao ser contratado, o empreiteiro tem a obrigação de chegar ao resultado desejado pelo cliente e prometido por ele. O mesmo ocorre com o cirurgião plástico quando uma pessoa vai consultá-lo por motivos estéticos, ou seja, sem apresentar nenhuma doença, apenas almejando modificar algo que não a agrada. A partir do momento que o cirurgião garante que pode atender ao desejo do paciente, ele se vê obrigado a chegar ao resultado prometido e, caso isso não aconteça, e não seja consequência de fatores externos à conduta do médico, deverá ele ser responsabilizado.

O contrato entre médico e paciente é comutativo e esse tipo cria obrigações para ambas as partes, mas esse contrato possui algumas singularidades se comparados aos outros contratos comutativos existentes no mundo jurídico. Como citado acima, grande parte das obrigações assumidas pelos médicos é de meio, ou seja, esses profissionais se comprometem a utilizar todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico. Apesar de não estar adstrito a um resultado final, é necessário que fique evidente a utilização de todos os esforços e aparatos técnicos disponíveis para a melhora do paciente. O objetivo jurídico não é a cura do paciente, mas é a finalidade primordial do atendimento prestado.

A obrigação de meio é capaz de justificar a liberdade de atuação do profissional de saúde, pois seria juridicamente impossível o médico comprometer-se a curar todos os pacientes que passam por sua mão, tendo em vista que muitas doenças ainda não possuem cura e mesmo as que possuem dependem ainda da reação de cada paciente àquele tratamento. Nesse tipo de obrigação, o objeto do contrato é então a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico.

Quando o profissional não utiliza os meios necessários ao tratamento do paciente estando eles disponíveis, demonstra a culpabilidade de seu proceder, caracterizando o erro e surgindo o dever de indenizar em caso de resultado danoso. Há diferenciação entre o profissional que utiliza de forma errônea os recursos disponíveis, seja por falta de experiência ou por não ter se atualizado quando ao uso de determinado recurso, e o que simplesmente deixa de usá-los em favor da saúde do paciente. No primeiro caso, será imputado o erro por ação positiva indevida, já que se utilizou o equipamento, mesmo que de forma errada. Na segunda hipótese, será o profissional responsável por omissão, por não ter feito o mínimo de esforço necessário para informar ao paciente da existência de tal recurso e utilizá-lo.

Se o médico provar que foi diligente em todos os seus atos, observou todas as regras técnicas e recomendações necessárias, estará este afastado da possibilidade de sofrer punições civis ou penais, porque dele nada mais poderá ser exigido já que sua obrigação era a de atuar em conformidade com a doença do paciente, promovendo o tratamento adequado ao quadro clínico vislumbrado. Nesse caso, querendo o paciente ou sua família responsabilizar o médico pelo insucesso do tratamento, incumbe aos mesmos demonstrarem a culpa do contratado. Importante destacar que o sujeito responderá como médico nos casos de responsabilidade civil e/ou criminal causadas por imprudência, negligência ou imperícia. Porém, se ficar constatado que o mesmo agiu com dolo, responderá ele como cidadão comum.

Entretanto, nem todas as atuações médicas são englobadas pela obrigação de meio. Existem aquelas que produzem a obrigação de resultado, como dito anteriormente. Nesse caso, o profissional assume dever específico e certo de atingir o objetivo, importando o resultado final e desvinculando-se apenas quando é verificado o alcance total do objetivo fixado em contrato.

Segundo Venosa (2008, p.56), as obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete em apresentar o resultado. Citemos como exemplo o caso do contrato de transporte. A partir do momento em que você contrata tal serviço e o mesmo não consegue cumprir sua obrigação a culpa será presumida e o profissional considerado inadimplente. Dessa forma, exime-se o consumidor de provar a culpa, passando a ser do devedor o ônus da prova.

Ao falarmos na obrigação de resultado, surge primeiramente a figura do cirurgião plástico, mas essa não é a única área que tem como dever o resultado. Os médicos nas áreas de Análises Clínicas, Bioquímica e Radiologia também são afetados por essa obrigação. Tais profissionais trabalham com materiais que exigem a consecução de uma finalidade específica, logo o médico que se responsabiliza a analisar o sangue de uma paciente e informar se ele possui ou não uma doença não pode deixar de fazê-lo mesmo sendo contrário ao interesse do paciente, devendo agir com o maior zelo e dedicação possível. O mesmo acontece com um Radiologista que ao encontrar uma anormalidade no exame do paciente não a informa, pois sabe que essa informação não é desejada pelo enfermo.

É necessário, porém, aprofundar o exemplo mais recorrente nas obrigações de resultado, a cirurgia plástica. Nesse tipo de intervenção impera a vaidade e complexos psicológicos do paciente afetados pela constante busca de perfeição pela sociedade, sendo cada vez mais reduzida as vezes que esses profissionais são procurados pela concreta necessidade orgânica. É necessário, porém separar a cirurgia plástica estética da reparadora. Na estética, o profissional responsável por essa mudança cria a expectativa de que a aparência do paciente sofrerá alterações positivas após a intervenção, apenas por motivos embelezadores. Na reparadora, a finalidade é fazer o paciente retornar às condições anteriores, tendo caráter terapêutico. A plástica reparadora não exige do cirurgião uma obrigação de resultado, e sim de meio. Havendo resultado negativo, somente será responsabilizado se agir com culpa devidamente provada. Se nela o profissional assumir, por livre e espontânea vontade, a obrigação de atingir um objetivo já determinado, terá ele, deliberadamente, atraído para si obrigação maior do que a imposta pela natureza da obrigação originária e responderá pelo inadimplemento e às sanções correspondentes na esfera civil caso advenha mau resultado.

Especialidade que também merece destaque quanto à obrigação de resultado é a Anestesiologia. Podendo ser utilizada em intervenções terapêuticas ou embelezadoras, a Anestesiologia tem um único objetivo que é controlar a consciência do paciente. Esse profissional é responsável por resguardar a integridade do mesmo desde o primeiro contato até o momento de retorno completo à consciência e desaparecimento dos riscos inerentes à anestesia. A aferição de culpa é um pouco mais complexa do que em relação ao cirurgião plástico já que o paciente anestesiado está mais propenso a acidentes decorrentes de peculiaridades orgânicas e, mesmo havendo presunção de culpa do anestesista, é necessária cautela redobrada por parte do julgador ao analisar se o profissional agiu de maneira correta durante todo o procedimento ou se incorreu em erros absurdos como afastar-se da cirurgia durante o procedimento.

Nas palavras do magistrado Jurandir Sebastião (2004), independentemente de a obrigação de meio ou de resultado, o profissional tem, acima de tudo, o dever de empenho que supera o conceito jurídico de contrato de meio, pois se exige que profissional demonstre que houve correta aplicação de todos os meios disponíveis e que não se fez mais porque não era possível, embora se tenha procurado e tentando ao máximo outras soluções.

2.3 Os Tipos de Erro Médico

São vários os motivos que levam médicos a cometerem erros que levam seus pacientes a sequelas graves e até mesmo a morte. Esses erros geralmente são derivados de atos que envolvem a negligência, imprudência ou imperícia. Tais atos devem ser observados por profissionais de todas as áreas, caso contrário haverá insucesso em tudo que é realizado. Mas no exercício da medicina a atenção deve ser redobrada levando-se em consideração que um simples descuido do profissional pode trazer consequências graves ao paciente.

A imprudência apresenta-se como descuido, o médico que age sem utilizar as cautelas necessárias, é a descuidado no tratamento do paciente, derivada de uma ação precipitada ou intempestiva que resulta da imprevisão do profissional diante de ato que poderia ou deveria pressupor caso tivesse tomado as atitudes necessárias na verificação do estado do paciente e qual o tratamento mais adequado. Melo (2008, p. 80) afirma que:

Médicos prudentes são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também as regras que desta se extraem, agem antevendo o evento que deriva de uma determinada ação, tomando depois as cautelas aptas e necessárias a evitar o insucesso da empreitada.

Assim, podemos concluir que o médico é imprudente quando toma atitudes precipitadas, age perigosamente, com falta de precaução ou moderação. Ocorre a imprudência quando, por exemplo, o médico receita penicilina ao paciente sem ao menos fazer um teste de alergia e, em face disso, o mesmo vem a falecer, ou quando pratica uma cirurgia de risco sem os equipamentos necessários, ou até mesmo nos casos em que o profissional realiza, em apenas trinta minutos, uma cirurgia que deveria durar ao menos uma hora, decorrendo em dano ao paciente. Outro caso de imprudência é aquele em que o médico deixa de lado uma técnica operatória segura e habitual para fazer uso de nova técnica arriscada, da qual não possui muita prática e sem eficácia comprovada, provocando lesão e até mesmo a morte do paciente.

A negligência configura-se quando o médico age com descuido, desleixo, inobservando os deveres e obrigações inerentes de sua profissão. É uma falta de cuidado que tem a capacidade de determinar a responsabilidade por culpa. A negligência está caracterizada todas as vezes que se puder provar que o médico não observou os cuidados e normas técnicas necessárias a serem aplicadas no caso. Carlos Roberto Gonçalves (2009, pág.11) conceitua como “uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que poderia e devia ser previsto”. São inúmeros os casos de negligência profissional, merecendo destaque os seguintes: alta médica prematura; amputação de uma perna quando na verdade a outra é que necessitava de tal tratamento; exame rápido, superficial do paciente de forma que o diagnóstico seja errado; descuido em relação a anestesia; queimaduras derivadas de raio-x; prescrição de medicação pelo telefone sem conhecer o real estado do paciente; infecções decorrentes de instrumentos médicos mal esterilizados. Porém, esse tipo de erro médico não decorre apenas de condutas positivas. O profissional também é negligente ao ter uma conduta negativa como ser omissivo ou atuar com menor intensidade quando as circunstâncias exigem maior atuação, ao retardar um parto que venha causar morte do feto ou de sua genitora ou demorar a transferir o paciente para outro especialista.

Após uma análise acerca do que é a negligência, concluímos que o seu oposto é a diligência, ou seja, aquele médico que age com o cuidado e a atenção necessários, evitando ao máximo qualquer distração que atrapalhe o atendimento ao paciente.

A imperícia é a falta de observação de normas primárias, essenciais, para determinado procedimento, é a falta de experiência ou conhecimentos práticos necessários para o exercício de sua profissão, a completa falta de habilidade do profissional causando consequências ao paciente. Doutrina minoritária no Direito defende que o médico não pode ser considerado imperito já que para formar-se teve que passar por todas as áreas, sendo habilitado para praticar todos os procedimentos, mas essa posição contradiz o art. 29 da Resolução CFM nº 1.246/88, Código de Ética Médica que admite a possibilidade de o médico ser imperito ao vedar os profissionais de "praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". O médico é imperito quando prescreve tratamento para uma doença e todos os sintomas indicam que a doença é outra, cirurgião que corta músculos ou veias que não podem ser suturados deixando sequelas no paciente, cirurgião plástico que deixa o paciente sem expressão facial devido a erro na sua conduta ou obstetra que ao fazer operação cesárea corta a bexiga da parturiente. É considerado imperito também o médico que não se atualiza já que o Código de Ética Médica exige essa atualização por parte do profissional e, por estar desatualizado ou usar técnicas ultrapassadas, causa danos ao paciente.

Outra forma de responsabilização do profissional, não tão conhecida pela população é o erro grosseiro. Essa modalidade de culpa aparece como uma forma mais exacerbada da negligência na qual o médico fere os mais básicos conhecimentos da matéria, conhecidos até pelo homem comum. Caracteriza-se por ser um erro inescusável, uma forma imprecisa, incapacitante, daquele que por falta de condições profissionais mínimas de sua parte é capaz de cometer erros absurdos. Infelizmente, são diversos os exemplos desse tipo de erro encontrados no nosso cotidiano, causados por médicos com baixa qualidade de formação e que não se importam com seus pacientes. O anestesista que, por superdosagem, provoca a morte do paciente, o ginecologista que contamina seu paciente por não ter esterilizado bem seus instrumentos e o radiologista que analisa radiografia de forma invertida e faz com que o paciente opere a perna errada são alguns dos

exemplos de erro grosseiro. À primeira vista e vendo os exemplos é muito semelhante à negligência, mas pode-se dizer que se trata da negligência na sua forma mais grave, já que essa é um descuido do profissional e o erro grosseiro apresenta-se como o total descaso do médico com o paciente.

Importante ressaltar que nem todos os atos médicos que resultam em erro são por culpa do profissional. Nehemias Domingos de Melo afirma que (2008, p.84):

É preciso ponderar que a medicina é uma ciência e como tal tem limitações e que o médico é um ser humano, logo falível, devendo ainda considerar que ele trabalha com informações que lhe são fornecidas pelo paciente, cuja verdade varia de acordo com as circunstâncias e conveniências, além do que o organismo humano reage de forma diferenciada de pessoa para pessoa a um mesmo tratamento.

Numa classificação moderna, os erros médicos podem ser classificados em cinco categorias, são elas: diagnóstico errado ou tardio, excesso de exames, ou má interpretação deles; medicamentos errados ou em dosagens ou combinações impróprias; realização de cirurgias desnecessárias ou realizadas com imperícia; desatenção a informações básicas do paciente como tipo sanguíneo e alergias.

Se o profissional emprega corretamente os conhecimentos e regras da medicina e mesmo assim chega a uma conclusão falsa que resulta em dano ou perigo para o seu paciente, o seu engano pode ser desculpado depois de analisado o caso concreto já que se tratam os médicos de pessoas, que só pelo simples ato de pensar ou agir já podem cometer erros. Ao dar um diagnóstico de forma errônea, não pode o médico ser automaticamente condenado por isso. Se foi utilizado todo o seu conhecimento e diligência na determinação da doença do paciente, advindo o desacerto das imperfeições da ciência, deve-se observar se é justo culpar o médico mesmo que tal erro gere consequências e resultados danosos, não implicando necessariamente no dever de indenizar.

Existem ainda outras formas de erro e, conseqüentemente, de responsabilidade delitual, que não são destaque quando falamos sobre erro médico, porém não deixam de ser tão importantes quanto as outras formas.

Tereza Ancona Lopes fala desses delitos de forma muito clara em seu livro (2004, p. 110):

Por outro lado, pode também haver responsabilidade delitual dos médicos quando, por exemplo, negam socorro, dão atestados falsos, ou ainda por causa da falta de vigilância que deveriam ter exercido sobre o doente, este vem a causar dano à outra pessoa, como nos exemplos oferecidos por Savatier sobre o alienado mental que escapa do asilo ou no caso em que, por culpa do médico, há contágio de outra pessoa por seu cliente.

Uma forma de evento danoso causado, direta ou indiretamente, pelo tratamento médico é a iatrogenia. A iatrogenia ocorre quando um tratamento médico, seja por procedimentos clínicos, medicamentos ou intervenção médica, causa efeitos e complicações no paciente. São três os tipos de iatrogenia: as causadas por lesões previsíveis e esperadas, as previsíveis, mas inesperadas decorrentes do perigo que qualquer procedimento médico pode causar e as falhas decorrentes do comportamento do médico. Um exemplo clássico de iatrogenia causada por evento previsível, mas inesperado que pode levar a morte do paciente é quando o mesmo toma diversos medicamentos e o efeito de todos eles juntos aumenta ou diminui a ação de cada um levando o paciente a óbito já que os medicamentos não cumpriram a sua correta função. Ao prescrever medicamentos os profissionais da saúde devem prestar atenção como eles irão interagir entre si e com o paciente, caso contrário essa iatrogenia pode tornar-se um caso de negligência.

Melo (2008, p. 127) esclarece que “a lesão iatrogênica, via de regra, não gera responsabilidade para o médico ou hospital, a não ser em face do descumprimento do dever de informação ou quando resultante de atuação ou omissão culposa.”

Importante destacar que os dois primeiros tipos de iatrogenia, citados no parágrafo anterior, não geram responsabilidade civil, pois decorrem de risco inerente da própria profissão, já no terceiro tipo há responsabilidade civil do profissional pois seu erro poderá ser considerado uma negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro.

Apesar de todos esses tipos de erro médico, deve-se reconhecer que certos resultados danosos decorrem por motivos mais básicos que devem ser levados em consideração pelo paciente ao querer propor uma ação de indenização contra seu médico, é o caso do mau resultado e do acidente imprevisível. No mau resultado, ocorre uma situação incontrolável e de curso inelutável. É o resultado danoso proveniente da própria evolução da doença, cuja solução ainda não está disponível. No caso de acidente imprevisível, o resultado lesivo é supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, durante ato médico ou em face dele, sendo incapaz de ser previsto ou evitado.

3 MEDICINA DEFENSIVA

Ao pensarmos em medicina defensiva, imaginamos logo não só uma forma de auxiliar os médicos caso sofram demandas judiciais, como ajudar também os pacientes a terem seu problema identificado mais rapidamente e de maneira que se evite ao máximo o erro médico. Porém, não é esse o pensamento de grande parte dos médicos que não concordam e não aceitam o termo “medicina defensiva”.

A medicina defensiva surgiu nos Estados Unidos no final dos anos 90 como forma de evitar que os médicos sofressem tantas ações de indenização por atos que, muitas vezes, causaram danos sem que tenham culpa. Essa prática consiste, entre outras coisas, em pedir exames mais do que suficientes e necessários para chegar a certo diagnóstico e encaminhar pacientes para especialistas, algumas das vezes sem necessidade alguma. Através dessas atitudes, os profissionais pretendem munir-se de todas as provas necessárias caso o paciente queira intentar alguma ação judicial contra ele, porém essas atitudes dos médicos só tornaram a medicina mais dispendiosa e artificial e tornou mais distante a relação médico-paciente tão importante para que se tenha um bom atendimento. Os profissionais tratam seus pacientes como inimigos potenciais sem saber que basta ter em mente quais são os seus direitos e deveres e ir de acordo com o Código de Ética Médica para que grande parte das ações judiciais sejam evitadas.

Os direitos dos médicos estão elencados no Código de Ética Médica, capítulo II, incisos I ao X. Já no inciso I vemos que o direito primordial do médico é exercer com liberdade sua profissão, ou seja, sem discriminação de qualquer natureza. Ao longo do capítulo vemos outros direitos de suma importância para que a profissão

seja bem exercida, como o direito de recusar-se a realizar atos médicos que, mesmo permitidos em lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência e indicar o procedimento adequado ao paciente desde que observados as práticas reconhecidas cientificamente e condizentes com a legislação vigente. Também é direito do médico *“Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina”* (Capítulo II, inciso IV). Esse inciso tem como escopo não só prevenir a integridade do paciente como também evitar que aconteçam erros médicos e a responsabilização do profissional.

Em relação aos deveres dos médicos, acredita-se que o mais importante seja qualificar-se e atualizar-se de maneira regular para o exercício profissional adequado, devendo estar informado sobre novas técnicas, medicamentos e equipamentos conforme determinado no capítulo I, inciso V do Código de Ética Médica. Entre os deveres do médico está também respeitar o desejo do paciente através do consentimento informado, informar ao paciente ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e instruí-lo adequadamente acerca dos cuidados e precauções necessárias devido a sua condição, atender o doente ou familiar que deseja maiores esclarecimentos em sala reservada sem a presença de estranhos, informar ao paciente que irá sofrer intervenção cirúrgica quais as possíveis sequelas e consequências, orientar o paciente sobre o uso de medicamentos e quais seus possíveis efeitos colaterais e não quebrar o sigilo médico em hipótese alguma.

Ao falarmos em medicina defensiva, diversos autores como Suzana Lisbôa Lumetz (1997, p. 95) listam recomendações que podem ajudar o médico na hora de defender-se contra uma ação judicial. O primeiro cuidado que o profissional tem que ter está relacionado ao diagnóstico. Deve ser feito um exame clínico minucioso, serem pedidos todos os exames que a Medicina moderna dispuser e fazer um relatório completo no prontuário, sendo esse relatório uma das maiores defesas que o médico poderá ter a seu favor já que um prontuário bem explicado contém todas as informações relacionadas ao paciente. Muitas vezes, ao irmos ao médico, nos debatemos para entender o que foi escrito na receita sendo de grande importância que o médico escreva de forma legível tanto na receita como

no prontuário e que explique de forma clara ao paciente como deverá ser usado o medicamento de forma que se evitem erros decorrentes do mau uso desse remédio.

A fim de que se evite também a alegação de negligência é necessário que o profissional acompanhe seu paciente durante toda a terapia, fazendo anotações de efeitos colaterais não previstos e sintomas adversos entre outras coisas. É imprescindível que, ao tratar o paciente, o médico faça o "consentimento esclarecido", ou seja, informe ao paciente o diagnóstico, a terapia necessária e os riscos colaterais e intercorrências que podem ocasionar, mas esse consentimento não deve ser apenas dever do médico, o paciente deve também declarar que prestou todas as informações acerca de sua doença, doenças anteriores e tratamentos.

Devido ao grande alcance da mídia e, muitas vezes, do seu sensacionalismo, os médicos tornam-se vítimas de denúncias de erro médico sem antes ao menos ter sido investigado a verdade dos fatos. Acima foram citadas algumas atitudes que o médico pode tomar para que o paciente sinta-se mais bem atendido, porém existem atitudes mais simples por parte do profissional que podem evitar transtornos. São elas: não fazer plantão à distância; não deixar que a triagem do paciente seja feita por outro profissional que não o médico; não receitar medicamentos por telefone a pacientes que não conhece ou não examinou recentemente; não deixar descoberta a passagem de plantão; caso encaminhe o paciente a outro médico ou outro hospital explique detalhadamente a situação do mesmo; não dar atestado sem examinar o paciente; não tratar os pacientes com ironia ou desprezo, pois, mesmo não tendo cometido erro médico, o paciente pode revoltar-se e forçar uma situação que leve à denúncia.

A arma principal que o médico deve ter a seu favor para que a responsabilização por erro médico seja evitada é a comunicação com paciente e sua família. Todas as medidas acima descritas auxiliam também, mas havendo uma boa relação médico-paciente, mostrando que está ao seu lado durante todo o tratamento, valoriza suas opiniões e informando todos os procedimentos tomados faz com que o paciente confie mais no médico. Ao analisar a razão primária que leva grande parte das pessoas a processarem os médicos está a falta de comunicação dos profissionais com os pacientes, especialmente por atitudes de

superioridade do médico, falha na comunicação propriamente dita e depreciação pelo médico do atendimento prévio.

Apesar do desgosto de muitos médicos, a medicina defensiva já está bastante difundida no Brasil, fazendo apenas aumentar os gastos já excessivos na Medicina, com medidas que podem não fazer muita diferença já que pesquisas mostram que a maioria dos pacientes que entram com ações judiciais tem como motivo principal a comunicação. De acordo com Melo (2008, p.89):

A melhor prevenção do erro médico, é, a nosso sentir, a humildade, entendida com a plena tomada de consciência, por parte do profissional médico, de que o erro existe, é possível de acontecer e pode trazer sérias consequências não somente ao seu paciente, como também para si mesmo.

Logo, as principais formas de prevenção são a honestidade e o médico ser humano, honestidade em relação a sua conduta ética e humanidade no sentido de ter consciência da importância da atividade que pratica e que todo ser humano merece proteção e atenção médica, devendo ser tratado com dignidade e respeito.

4 CONCLUSÃO

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, um em cada 300 pacientes no mundo morre por consequência de erros médicos. No Brasil, esses números são ainda mais alarmantes já que se estima que no ano de 2015, 434 mil brasileiros tenham morrido devido a erros no atendimento médico, apresentando-se como a maior causa de óbito no país.

Por não ser o erro médico declarado nos prontuários médico, é muito mais difícil de identificar, estudar e combater, podendo os números de vítimas por estes atos ser maior do que as estatísticas mostram.

Dessa forma, torna-se imprescindível ao médico deixar claro quando sua obrigação é de meio ou de resultado, bem como que sempre pratica a boa medicina, a medicina prudente e atenciosa com os pacientes.

Ao tomar os devidos cuidados, o médico torna-se menos suscetível a erros e sua consequente responsabilização civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822>. Acesso em: 10 de jan de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código do Consumidor**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

CORDEIRO, Thiago. **Erro Médico**. Revista Superinteressante, São Paulo, ed 391, páginas 22-33, julho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume II, teoria geral das obrigações**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ILÁRIO, Enídio. **Medicina Defensiva**. Cremesp. São Paulo, 2002. 21 ed. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=53>>. Acesso em 10 de jan de 2019.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético: Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

LUMERTZ, Suzana Lisbôa; LUMERTZ, Paulo Roberto Rukatti; LUMERTZ, Marcelo Lisbôa. **Responsabilidade Jurídica do Médico**. 3 ed. Porto Alegre: Renascença, 1997.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 4**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. **A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito**. COAD Seleções Jurídicas, v.3, abr.;2004.

Significado da Iatrogenia. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/iatrogenia/>>. Acesso em: 10 de jan de 2019.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro Médico e Cirurgia Plástica**. Boletim Jurídico. Uberaba, 20 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=983>>. Acesso em 10 de jan de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol. II**. 8 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

JOÃO PEDRO MARTINS DE SOUSA:

Bacharelando do curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí.

RESUMO: Após trinta anos de vigência, a Constituição Federal de 1988 demonstrou ter efetivado um verdadeiro marco paradigmático em diversas searas, sendo a mais notável delas a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Devido à multiplicidade de conteúdos tratados pela Carta Magna, os quais gozam igualmente de natureza constitucional, haja vista inexistir hierarquia entre normas da Constituição, não raro se encontram aparentes colisões entre tais preceitos, que frequentemente deságuam nos chamados "hard cases" (casos difíceis). Sob esse contexto, florescem os princípios da interpretação constitucional, parâmetros hermenêuticos desenvolvidos para solucionar tais dilemas envolvendo normas constitucionais. O presente trabalho, nesse contexto, tem por fito investigar brevemente os principais princípios da interpretação constitucional, analisando sua aplicação no âmbito da jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Princípios. Interpretação constitucional. Constituição.

ABSTRACT: After thirty years of validity, the Federal Constitution of 1988 has proved to have functioned as a true paradigmatic milestone in several fields, the most notable of which is the protection of the fundamental rights of the human person. Due to the multiplicity of contents dealt with in the Constitution, which are also of a constitutional nature, since there is no hierarchy among the norms of the Constitution, there are often collisions between such precepts, which often fall into the so-called "hard cases". In this context, the principles of constitutional interpretation flourish, hermeneutical parameters developed to solve such dilemmas involving constitutional norms. The present work, in this context, aims to investigate briefly the main principles of constitutional interpretation, analyzing its application within the jurisprudence of the mother country.

Keywords: Principles. Constitutional interpretation. Constitution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os princípios de interpretação constitucional: delimitando o objeto de análise. 2. Princípio da unidade da Constituição. 3. Princípio da supremacia da Constituição. 4. Princípio da força normativa da

Constituição. 5. Princípio do efeito integrador. 6. Princípio da máxima efetividade. 7. Princípio da concordância prática ou da harmonização. 8. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, é importante destacar, de forma sucinta, que interpretar o Direito significa extrair do texto positivo enunciados que possuam de força normativa e que conduzam o operador jurídico a um enunciado aplicável em casos fáticos ou concretos.

Longe de ser uma atividade meramente subjetiva, a interpretação trata-se de uma prática construtiva por parte do operador do Direito, voltada sobretudo para a solução de situações litigiosas concretas. Extrai-se, para tanto, o “espírito da norma”, isto é, o seu real sentido em face do caso concreto.

Para isso, a doutrina cuidou em estabelecer princípios norteadores da busca do conteúdo normativo dos enunciados positivados. Importa-nos mormente aqueles que dizem respeito ao texto constitucional, vez que este repercute em todo o ordenamento infraconstitucional. Justifica-se a hermenêutica constitucional, bem como a análise de seus princípios, pela presença e expansão da denominada jurisdição constitucional, alargada por força do neoconstitucionalismo e que tem como principal mister a defesa dos direitos fundamentais.

Diversas sendo as decisões judiciais editadas tendo em vista tais princípios, demonstra-se de suma importância que se examinem mais atentamente, não obstante de forma bastante breve, cada um dos principais deles.

2. OS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: DELIMITANDO O OBJETO DE ANÁLISE

Sob o magistério de Luís Roberto Barroso (2006, p. 24), a interpretação constitucional é, antes de mais nada, uma “modalidade de interpretação jurídica”. Na visão do célebre constitucionalista, a normatividade dos princípios e sua posição qualitativa em face das regras é um dos símbolos do neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo. A propósito, “(...) Princípios não são,

como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, 2006, p. 27). Posição semelhante adota Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 159), ao lecionar que os princípios “veiculam as *ideias-forças* que fundamentam e informam todo o sistema jurídico”.

Nesse contexto, cumpre mencionar que a existência de princípios de interpretação constitucional não seguem uma taxatividade, um rol *numerus clausus*, em virtude de poderem ser extraídos diversos outros preceitos além daqueles mencionados ao longo deste trabalho, sobretudo por conta do novo papel atribuído ao intérprete normativo, já não lhe cabendo um ofício meramente técnico, e sim um papel de “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2006, p. 26).

Essas novas funções do intérprete, para tanto, devem ser sempre balizadas por princípios reconhecidos e passíveis de serem razoavelmente extraídos da norma, sob pena de o intérprete acabar por atuar como legislador positivo, tarefa atribuída única e exclusivamente ao Poder Legislativo, eleito pelo povo.

Expostas tais considerações iniciais, destaque-se que serão analisados, de forma sucinta e direta, no transcorrer deste trabalho sete princípios de interpretação constitucional, tidos pela doutrina como os cruciais, frequentemente mencionado em decisões judiciais, quais sejam: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da concordância prática ou da harmonização, princípio da força normativa da Constituição, princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade e o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Esses princípios, por sua vez, os quais adquiriram grande força normativa com a ascensão do pós-positivismo e da Constituição brasileira de 1988, serviram de sustentáculo para diversas decisões judiciais, mormente no âmbito da tutela dos direitos fundamentais. Neste trabalho, também examinar-se-á como estes princípios se amoldaram às decisões judiciais pátrias, no domínio dos Tribunais

estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, influenciando diretamente no plano dos direitos fundamentais da pessoa humana.

3. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

De acordo com esse princípio, deve-se encarar a Constituição como um sistema integrado e, portanto, “um conjunto coeso de normas” (RAMOS, 2012, p. 109). A partir disso, tem-se que configuraria um verdadeiro equívoco jurídico tomar um dispositivo constitucional como isolado diante do todo, que deve ser considerado de maneira una.

Aqui, cabe a ressalva de que, não havendo hierarquia entre as normas constitucionais e tendo em vista que alguns dispositivos de seu texto carregam uma considerável carga de abstração, deve-se apanhar um método de compatibilização entre as normas, através de interpretação sistemática (RAMOS, 2012, 110).

Para Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 228), a Constituição se trata de um “sistema jurídico de normas, que se apresenta como uma unidade que reúne, de forma articulada e harmônica, um conjunto de normas”, não cabendo interpretações isoladas ou dispersas das normas constitucionais. Afasta-se, em razão do princípio da unidade, as contradições entre dispositivos constitucionais. Para arrematar, nas palavras de Konrad Hesse (1992, p. 17), “(...) la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad”.

Deve-se tomar a obra do legislador constituinte como um todo uniforme, onde inexistem incongruências.

Partindo desse princípio, os Tribunais pátrios frequentemente julgam casos de choque entre normas constitucionais, as quais, por conta do princípio da unidade da Constituição, detém igual patamar de autoridade. Também decorrente do mencionado princípio, tem-se que “não existem direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto no ordenamento brasileiro (...), não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional” (TJ-RS - AC 70076019660 RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, j. 28.2.2018, 9ª Câmara Cível, DJ 2.3.2018).

Para solucionar tais dilemas, pelo princípio da unidade da Constituição e da proporcionalidade, a se analisar posteriormente, “quando existir qualquer tipo de conflito entre normas constitucionais, estas devem ser interpretadas de forma a melhor compatibilizar os interesses e direitos em jogo, sem que um direito prepondere sobre o outro” (TJ-MT - AI 00080158120108110015 20531/2011, Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, j. 25.5.2011, 5ª Câmara Cível, DJ 25.7.2011).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

RECURSO ESPECIAL (art. 105, inc. III, a e c, CF/88) – AÇÃO CONDENATÓRIA – MATÉRIA JORNALÍSTICA – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E A PROTEÇÃO À HONRA OBJETIVA DE PESSOA JURÍDICA – TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PRECEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA DEMANDA, RECONHECENDO A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, AO REPUTAR CARACTERIZADA A NEGLIGÊNCIA DO ÓRGÃO DE IMPRENSA AO NÃO CONFERIR A VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES OBJETO DA REPORTAGEM OFENSIVA. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA JORNALÍSTICA. 1. No tocante à alegada ofensa aos artigos da Constituição Federal, tem-se por inviável a análise de contrariedade a dispositivos constitucionais, nesta via recursal, o que implicaria a usurpação de competência atribuída ao eg. Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102). 2. A partir de uma interpretação sistemática e sob a perspectiva do princípio da unidade da Constituição, infere-se que a liberdade de informação jornalística não detém caráter absoluto, de modo a ser mitigada nas hipóteses previstas no artigo 5º e incisos ali enumerados, isto é, em se tratando de direitos e garantias relacionadas aos direitos de personalidade. Especificamente quanto à pessoa jurídica, a extensão de tais direitos de personalidade e sua respectiva tutela/proteção encontra-se prevista no artigo 52 do Código Civil, ao assim dispor: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. (...) (STJ, REsp 1407907/SC 2013/0327526-0, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 02.06.2015, 4ª Turma, DJe 11.06.2015).

Ainda no âmbito do STJ, é pacífico que o princípio da unidade da Constituição “impõe a coexistência harmônica das liberdades e dos direitos assegurados na Lei Fundamental, não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional” (STJ, AREsp 973729/RS 2016/0226423-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.10.2016, DJ 7.11.2016), o que ilustra perfeitamente a aplicação do mencionado princípio nas mais variadas vias judiciais, vez que não há hierarquia entre normas constitucionais.

No tocante à tutela jusfundamental, é cediço que a Constituição assegurou um vasto rol de direitos fundamentais, encontrados, em sua maioria, no artigo 5º. Em alguns momentos, por exemplo, o direito de informação (art. 5º, inciso XIV) irá diretamente de encontro ao direito à intimidade e à imagem (art. 5º, inciso X). Ambos os direitos encontram-se resguardados pela Norma Fundamental de 1988 e possuem idêntico grau de proteção constitucional. Em tais casos, utilizam-se, além do princípio da unidade da Constituição, outros dogmas principiológicos para solucioná-los, como a ponderação e a harmonização.

Por fim, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal afasta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas originárias da Constituição, exatamente em face da inexistência de hierarquia entre estas e do princípio da unidade (NOVELINO, 2016, p. 135).

4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Profundamente ligado à chamada teoria da construção escalonada das normas jurídicas, segundo a qual “a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior” (KELSEN, 1998, p. 144), em que a Constituição estaria no vértice da pirâmide normativa, o princípio da supremacia da Constituição é base para diversos outros pressupostos da interpretação constitucional, senão todos os outros.

Por força do pós-positivismo, a Constituição foi translocada para o centro do ordenamento jurídico, passando a orientar a conformação de todas as demais normas infraconstitucionais (BARROSO, 2006). Emerge daí a noção de controle de constitucionalidade, vez que a norma suprema não pode ser ferida por outra de

hierarquia inferior, caso de uma lei ordinária ou complementar, decretos ou outras espécies normativas infraconstitucionais.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.9.1999, Plenário, DJ 12.5.2000.)

Partindo do ponto que as normas constitucionais se sobrepõem às infraconstitucionais, o Supremo já decidiu, em vários momentos, em favor dessa posição, ao declarar incompatíveis ou não recepcionadas diversas leis. Exemplificando, cite-se que a Constituição da República apenas autoriza a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade *judiciária* competente, ressalvados os casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, assim definidos em lei (art. 5º, LXI). Portanto, se uma lei viesse a destoar dessa disposição constitucional, seria prontamente afastada, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição. Assim se deu no caso do art. 319 do Código de Processo Penal (antes da redação pela Lei 12.403, de 2011), que definia os casos de prisão administrativa, a qual se dava sem ordem judicial. O art. 319 foi alterado, após a Lei 12.403/2011, passando a prever “medidas cautelares diversas da prisão”, o que encontra-se mais afinado com o dispositivo constitucional que resguarda a cláusula de reserva de jurisdição.

Do mesmo modo, compreendia-se que, sob a égide da Constituição de 1988, não poderia mais o Ministro da Justiça (que não é autoridade judiciária) deter da legitimidade para determinar prisão, no caso do art. 69 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980, revogada pela Lei de Migração – Lei 13.445/2017). Nesse sentido era o entendimento do Supremo:

EXTRADIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE A COMPETÊNCIA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO EXTRADITANDO. – Em face da atual Constituição, tornou-se o Ministro da Justiça incompetente para decretar a prisão do extraditando, estando, assim, derrogada a Lei 6815/80. - Essa

competência passa a ser do relator sorteado para, se for o caso, decretá-la, o qual ficará prevento para a direção do processo de extradição, após ser a prisão em causa efetivada. Questão de ordem decidida nos termos do voto do relator (STF, Plenário, Ext-QO 478, Rel. Min. Moreira Alves, j. 30.11.1988, DJ 09.12.1988).

Interessante citar, também, que o princípio da supremacia da Constituição vem sendo invocado no sentido de conferir máxima efetividade a direitos sociais, resguardados pelo artigo 6º da Carta Magna de 1988, como se confere da ementa de um julgado do Tribunal maranhense, transcrita *in verbis*:

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. ADOLESCENTE USUÁRIO DE DROGAS. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. SENTENÇA MANTIDA. I - É solidária a responsabilidade entre os entes públicos no que concerne aos tratamentos clínicos e hospitalares, competindo-lhes, independentemente de divisão de funções, garantir o direito fundamental à vida e à saúde do cidadão. II - Não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que é lícito ao Poder Judiciário, diante da inércia estatal, determinar que a Administração Pública adote medidas *no sentido de garantir o direito fundamental à saúde, em atenção ao princípio da supremacia da Constituição*. III - Apelação conhecida e desprovida. (grifou-se) (TJ-MA AC 00008019820178100022 MA 0058812018, Rel. José Jorge Figueiredo dos Anjos, j. 29.11.2018, 6ª Câmara Cível, DJ 4.12.2018).

Em decorrência do princípio da supremacia, surge outro cânone: o da interpretação conforme a Constituição. Ora, uma norma apenas tem capacidade de interferir na esfera de outra se a primeira estiver em hierarquia superior à segunda. A interpretação de acordo com a Carta Magna ganha relevância quando uma norma infraconstitucional se identifica “com mais de um sentido ou significado” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 236), devendo-se conceder preferência àquele que esteja em conformidade com a Constituição, ou esteja mais próximo

da orientação constitucional, em caso de interpretações diversas e todas conforme o texto magno (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Esse processo revela-se “de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais” (STRECK, 2002, p. 443), ao mesmo tempo que impede que uma lei seja declarada nula, quando passível de ser interpretada conforme o texto magno.

O método de interpretação conforme a Constituição, corolário da supremacia constitucional, foi utilizado no famoso julgamento que conduziu ao reconhecimento das uniões estáveis entre casais homoafetivos, equiparando-as às existentes entre heterossexuais. “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011, Plenário, DJE 14.10.2011).

Do mesmo modo, de forma a garantir os direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento, o Plenário da Suprema Corte brasileira interpretou conforme a Constituição o art. 287 do Código Penal, para excluir qualquer interpretação que ensejasse “a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15.6.2011, Plenário, Informativo 631).

5. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da força normativa se identifica com a concepção de que as normas contidas nos dispositivos constitucionais devem possuir plena eficácia. O debate no campo doutrinário contemporâneo desenvolve-se, sobretudo, em indagar como essas normas podem gozar de força normativa plena e total, sem que isso venha a ferir outros dispositivos.

Analisando esse princípio, o constitucionalista Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 464) realça que “o intérprete deve, com sua interpretação, tentar garantir a maior efetividade e, principalmente, maior longevidade e permanência

da Constituição”. Cita-se como fruto desse princípio a vedação da teoria da dupla revisão, proibição esta que impede que hajam mudanças por meio de revisões constitucionais, já feitas em 1994 por força da norma do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja eficácia está exaurida.

A respeito da maior efetividade das normas constitucionais, o que é buscado pelo princípio em tela, o Supremo Tribunal Federal já destacou que a “autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais” (RE 201.819, Rel. p/o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, 2ª Turma, DJ 27.10.2006).

Sob outro aspecto, tem-se a aplicação desse princípio na situação de a Constituição brasileira, ao mesmo tempo que consagra diversos direitos fundamentais, concede meios pelos quais estes sejam plenamente efetivados em face de eventuais abusos ou omissões legislativas, caso em que ascenderia a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). A Constituição não deve, dessarte, ser mera “letra morta”. Dotada de força normativa, cada uma de suas palavras deve possuir íntima relação sobre a realidade, influenciando na sua essência e tendo concretização efetiva pelos intérpretes.

5.1 PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Para Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 461), tratando desse princípio, anota que “o intérprete deve agir de forma responsável, de modo a manter a integridade social e política”. A Constituição, dessa forma, serviria como um projeto de ordenação integradora tanto do Estado quanto da própria sociedade, de maneira a preservar o sistema jurídico, não sendo, todavia, conducente com autoritarismos ou “transpersonalismos políticos” (NOVELINO, 2016, p. 136).

Em linhas bastante gerais, trata-se de um princípio mais direcionado ao julgador, instigando uma ação responsável no ato de interpretar a norma constitucional.

5.2 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Por efetividade, entende-se realização do Direito, o momento em que a norma faz sentir os seus efeitos. Novelino (2016, p. 138) atenta para o fato de que este princípio foi concebido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha com base na força normativa da Constituição, a fim de que os dispositivos do texto magno gozassem da maior efetividade possível, tendo em vista sua concretização.

À vista desse princípio, é prudente que se note que a Constituição Federal brasileira de 1988 assegurou meios para se fazer cumprir a efetividade das normas constitucionais, como as ações de *habeas data* e o mandado de segurança. Não obstante, o princípio da máxima efetividade encontra explícita repercussão na Carta Magna de Outubro quando esta prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais “têm aplicação imediata” (Art. 5º, § 1º, CF/88).

No sentido do oferecimento de segurança jurídica e, também, com base no referido princípio, já decidiu o Supremo que a “manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda se tenha baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo STF” (RE 328.812-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6.3.2008, Plenário, DJE 2.5.2008).

5.3 PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

Consagrando a Constituição brasileira uma série de princípios, valores e regras, o princípio da harmonização tem por finalidade exatamente impor ao intérprete o dever de harmonizar os bens jurídicos e constitucionais em choque, “de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 231).

Tal harmonização, correntemente, dá-se por meio da ponderação, posto que o intérprete fará concessões recíprocas ou procederá à escolha do direito ou bem jurídico que prevalecerá em face da vontade constitucional. Encara-se aqui, pois, o elemento subjetivo da vontade da norma constitucional, a qual igualmente é um ato de interpretação dentro da própria interpretação.

5.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE

Lenio Luiz Streck (2002, p. 410), lembra que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem utilizado “proporcionalidade” e “razoabilidade” como sinônimos, mas que a questão “não gera maiores problemas no plano da interpretação da Constituição e das leis”. Arremata o célebre jurista brasileiro que o fundamento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade chega a se confundir “com os fundamentos dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição do excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, da igualdade, do devido processo legal, enfim, com todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais” (STRECK, 2002, p. 410).

Sob o prisma da constitucionalização do Direito, os poderes públicos tiveram sua discricionariedade restrita ante a observância dos direitos fundamentais, passando a ser titulares de “deveres de atuação” (BARROSO, 2006, p. 31). Por seu turno, o princípio da proporcionalidade, ou proporcionalidade, embora não esteja expressamente previsto na Carta Magna de 1988, traz em seu bojo justamente a limitação da atuação e da discricionariedade dos entes públicos, “vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 233).

O mencionado princípio, dessarte, pode ser invocado em diversos âmbitos jurídicos, desde a esfera penal (STF, RHC 117143/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.6.2013, 1ª Turma, DJE 14.08.2013) à cível (STJ, AgRg no REsp: 1564019/MG 2015/0268291-7, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 3.10.2017, 4ª Turma, DJE 6.10.2017).

Nada custa anotar que, diferentemente da Carta Magna brasileira, a Constituição de Portugal de 1976, em seu artigo 18, determina que

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais **[1]**.

Todavia, a falta de literal expressão no texto constitucional não tem obstado a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade no Brasil, em sentido bastante semelhante do que consta dos termos da Carta Magna portuguesa.

Disso infere-se que os poderes públicos, portanto, notadamente a Administração, devem-se valer de meios proporcionais e adequados para a realização de seus fins, atendendo aos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. Trata-se de princípio não somente direcionado ao julgador, mas ao próprio Estado, uma vez que

O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público (ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2.4.2003, Plenário, DJ 20.4.2006).

Já decidiu a Primeira Turma do Supremo, por exemplo, que, em nome do princípio da proporcionalidade, pode o Judiciário aplicar ao servidor pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal, apesar de não poder substituir-se à administração (RMS 24.901, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.10.2004, 1ª Turma, DJ 11.2.2005).

Também já restou expresso que não ofende o princípio da proporcionalidade “lei que isenta os ‘reconhecidamente pobres’ do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. Precedentes. Ação julgada

improcedente.” (ADI 1.800, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.6.2007, Plenário, DJE de 28.9.2007).

6. CONCLUSÃO

Conforme se atestou ao longo deste trabalho, a existência de princípios de interpretação constitucional se firma de imensa importância, uma vez que possui dois fundamentos diretos: adequa-se como baliza à atuação dos intérpretes do texto magno, de modo que a sua atuação não seja ilimitada, como os princípios do efeito integrador (o intérprete não deve ferir a integridade sociopolítica instituída) e da concordância prática ou da harmonização; e adapta-se à manutenção e à progressividade das normas assentadas na Constituição, podendo-se citar os princípios da unidade da Constituição, da supremacia constitucional, da força normativa do texto magno, da máxima efetividade e da proporcionalidade ou da razoabilidade. Nesse último fundamento, também enquadram-se parâmetros hermenêuticos tendentes à ponderação, ao sopesamento de valores aparentemente em choque, técnica utilizada para a solução dos conhecidos “hard cases” (casos difíceis).

Tais princípios se revestem de notoriedade ainda maior quando se analisa a expansão da chamada jurisdição constitucional, alargada por força do neoconstitucionalismo e que tem como principal mister a defesa dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, notou-se que todos os princípios encontram-se conexos uns com os outros, o que é natural tendo em vista que boa parte deles tem origem na supremacia da Constituição, servindo de respaldo tanto para juízes de instâncias inferiores quanto para a Corte Constitucional do país.

Com relação à jurisprudência firmada no Brasil ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, a qual significou um grande avanço em conteúdo vinculativo principiológico, tem-se que se sobressaiu a observância do texto magno e o respeito aos direitos fundamentais, sobretudo no âmbito dos princípios da unidade, da supremacia e da proporcionalidade.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. 2016. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, vol. 4, n. 2, 13-100, julho/dezembro de 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a Edição. Salvador: Editora JusPodvum, 2012.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2.^a Edição. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.^a Edição. Salvador: Editora JusPodvum, 2016.

RAMOS, André Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 10.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

1. NOTAS

[1] Disponível em . Acesso em 8 jan. 2019.

A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009: BREVE HISTÓRICO E ANÁLISE MATERIAL

RAFAEL WANDERLEY DE SIQUEIRA ARAUJO:

graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Advogado integrante do Nilton Siqueira Advogados desde 2014.

RESUMO: O presente estudo tem por objeto o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, que regulamenta a forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública. O referido dispositivo legal foi objeto de grandes controvérsias no âmbito da doutrina e da jurisprudência, sobretudo no que diz respeito à sua constitucionalidade. De forma dedutiva, o estudo tem como ponto de partida breve histórico sobre a forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública. Contextualizado o tema, passa a analisar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a forma especial de incidência desses institutos nas condenações da Fazenda Pública, na forma anterior à edição da Lei n. 11.960/2009. Finalmente, são explorados os contornos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, analisando-se sua constitucionalidade e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema em ação objetiva do controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Correção Monetária. Juros de Mora. Condenação impostas à Fazenda Pública. Artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Artigo 5º da Lei n. 11.960/2009. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública antes da edição da Lei n. 11.960/2009; 2. Posição do Supremo Tribunal Federal sobre o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001; 3. O artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, e os índices de remuneração básica e juros da caderneta de poupança; 4. A constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009; 4.1. O princípio da isonomia / igualdade; 4.2. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; 4.3. Posição do Supremo Tribunal Federal

quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.357; 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009, em seu artigo 5º, alterou a redação o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, passando a estabelecer que “Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”. Foi instituída, pela primeira vez na legislação pátria, sistemática diferenciada quanto à forma de incidência da correção monetária e dos juros moratórios em todos os débitos da Fazenda Pública, “independentemente da sua natureza”.

A nova sistemática de atualização monetária dos débitos fazendários, porém, foi objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, ganhando destaque com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.357-DF, em março de 2013, que declarou sua inconstitucionalidade parcial, por arrastamento.

A questão, porém, embora materialmente tenha sido definida naquele julgado, permanece até os dias atuais sendo objeto de inúmeras controvérsias, ante a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 870.947-SE (Tema 810). Conquanto já julgado o tema sob os auspícios da repercussão geral, estima-se que quase 90 mil processos permaneçam sobrestados no País¹, aguardando a

¹ Informação extraída do portal de notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356240>>. Acesso em: 22/01/2019, 13:42.

decisão sobre a questão, ante o efeito suspensivo deferido aos embargos de declaração que perseguem a modulação dos efeitos do precedente.

O presente estudo tem por objetivo analisar os aspectos materiais do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação outorgada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, mediante análise das razões que levaram o legislador a editá-lo e a legitimidade de suas disposições, à luz do contexto fático em que estava inserido.

1. A FORMA DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N. 11.960/2009

O artigo 1º da Lei n. 4.414, de 24 de setembro de 1964, estabelecia que, nos débitos em geral da Fazenda Pública, ou seja, aqueles não abarcados por legislação específica, os juros de mora deveriam incidir conforme disposição do Código Civil. Nesse contexto, o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 1.0622, previa que os juros moratórios, quando não convencionados entre as partes, incidiriam à razão de 6% (seis por cento) ao ano, ou seja, 0,5% (meio por cento) ao mês³.

Em 24 de agosto de 2001, objetivando instituir prerrogativa em favor da Fazenda Pública, foi editada a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que inaugurou o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, estabelecendo previsão específica acerca da forma de incidência dos juros de mora nas condenações que lhe são impostas, nos seguintes termos:

2 Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

3 Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura do artigo “Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil Brasileiro”, deste autor.

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Assim, passou a haver previsão específica acerca da forma de incidência de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública em favor dos servidores ou empregados públicos. A aplicação prática da norma supratranscrita, todavia, ficou limitada a uma pequena parcela de condenações judiciais, tendo em vista as múltiplas interpretações atribuídas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conforme entendia essa Corte Superior, o mencionado dispositivo legal possui natureza formal-material, ficando sua aplicação restrita às ações ajuizadas após sua edição (REsp 1.086.944/SP4). Ademais, também não abrangeria as condenações referentes a verba de caráter alimentar (REsp 1.244.037/RS5) ou a restituição tributária (AgRg no REsp 688.934/SC6), que possui legislação específica (Código Tributário Nacional).

No âmbito constitucional, a matéria foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n. 453.740/RJ, sob o fundamento de que a norma infringiria o princípio da isonomia ao prever fixação diferenciada de juros de mora nas condenações contra a Fazenda Pública. Em 27

4 “O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, é de ser aplicado tão somente às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor. Inaplicabilidade do art. 406 do Código Civil de 2002. Precedentes.” (STJ, REsp 1.086.944/SP, julgado em sede de recurso repetitivo [art. 543-C do CPC] pela Terceira Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/03/2009, DJe 04/05/2009)

5 “A respeito dos juros moratórios, de acordo com a jurisprudência do STJ, em se tratando de ação de natureza previdenciária, por se tratar de verba de caráter alimentar, os juros moratórios devem ser calculados à base de 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ.” (STJ, REsp 1.244.037/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 31/05/2011, DJe 10/06/2011)

6 “O art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001, refere-se à incidência de juros de mora em relação ao pagamento de verbas remuneratórias, incluindo-se aí os benefícios previdenciários e demais verbas de natureza alimentar. Entretanto, em se tratando de restituição tributária, não há falar em sua aplicação.” (STJ, AgRg no REsp 688.934/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 28/04/2009, DJe 15/05/2009)

de fevereiro de 2007, julgando o aludido recurso constitucional, o Plenário da Corte Suprema reconheceu de forma difusa a constitucionalidade da norma, conforme será melhor explanado mais adiante.

Enfim, em 29 de junho de 2009 entrou em vigor a Lei n. 11.960, cujo artigo 5º deu nova redação ao citado artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, modificando a forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora em todas as condenações fazendárias, cujos contornos serão examinados mais adiante.

2. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180-35/2001

Em 28 de fevereiro de 2007, em sede de controle de constitucionalidade concreto e difuso (RE 453.740/RJ), o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ou seja, anterior à edição da Lei n. 11.960/2009.

Alegou-se que o dispositivo violaria o princípio da isonomia, conforme entendimento sufragado pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, ao aprovar seu enunciado n. 32, com o seguinte teor:

O disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.

Acompanhando, por maioria, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, o Plenário da Corte Constitucional deu provimento ao Recurso Extraordinário,

confirmando a constitucionalidade da então vigente redação do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, ao fundamento de que

se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei n. 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida.

Em seu voto, ressalta o Ministro Relator que há várias situações em que a incidência de juros moratórios recebe tratamento específico em razão da natureza do débito, tendo a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 apenas inaugurado mais uma hipótese. De suma importância observar, todavia, que muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal confirmado a constitucionalidade da norma, fez constar expressamente no voto condutor que o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001,

também deverá ser observado pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que crédito e débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios.

Assim, ficou consignado que o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 somente seria constitucional se igual tratamento fosse dado aos créditos da Fazenda Pública, sob pena de ofensa à isonomia protegida no artigo 5º, "caput", da Constituição Federal de 1988.

Na oportunidade do julgamento, a Ministra Carmen Lúcia divergiu, sob o fundamento de que, em que pese existirem situações em que é necessária a criação de "desigualações legítimas" para realizar a igualdade - em respeito à

supremacia do interesse público -, a condição de entidade pública não justifica tal privilégio, sobretudo porque a mesma Fazenda Pública possui tratamento diverso quando está na condição de credora. Votou, assim, pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo normativo, tendo sido acompanhada pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio de Mello e Sepúlveda Pertence, entendimento que ficou vencido na Corte.

3. O ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009, E OS ÍNDICES DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E JUROS DA CADERNETA DE POUPANÇA

Consoante já explicado, a Lei n. 11.960/2009 deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, modificando a forma de incidência de juros e correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, que passou a ser aplicada da seguinte forma:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

A ordem do legislador foi clara pela aplicação conjunta da correção monetária e dos juros de mora, uma única vez, conforme os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança, a todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independente de sua natureza. Assim, passou a existir legislação específica a dispor sobre a incidência de juros de mora e correção monetária em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, e não mais apenas àquelas referentes a verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, como ocorria com a redação anterior.

Os índices de remuneração básica e juros da caderneta de poupança a que se refere a nova redação dada ao artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 são aqueles disciplinados pela Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, que assim estabelecia em seu artigo 12, com redação original:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês.

Observa-se, portanto, que a TRD (Taxa Referencial Diária), ou simplesmente TR, a despeito de já ter sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal que não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda⁷, foi eleito pelo legislador como índice de correção monetária a ser aplicado nos saldos das cadernetas de poupança. A taxa de juros nominal de 0,5% ao mês a que se refere o inciso II do artigo 12 transcrito, consoante salienta Scavone⁸, representa uma taxa efetiva, capitalizada de forma composta, de 6,17% ao ano.

A aludida determinação teve vigência até a entrada em vigor da Medida Provisória n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012, que alterou o supratranscrito inciso II, atribuindo-lhe nova redação:

⁷ “A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.” (STF, ADI 493, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/06/1992) (grifos acrescidos)

⁸ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 208.

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como remuneração adicional, por juros de:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento);

ou

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.

Segundo Luís Fernando Novais⁹, tal medida teve por objetivo estimular a queda na taxa de juros do Brasil, porquanto o rendimento da poupança passou a ficar vinculado à taxa SELIC, de sorte que, respeitado o limite da taxa de 8,5% ao ano, quanto menor for a taxa de juros, menor é o rendimento do poupador. Consoante dados do Ministério da Fazenda (Tabela 1), através das novas regras de rendimento da poupança, para uma taxa SELIC à razão de 8,5% a.a., os rendimentos chegariam aos 6,17% a.a., correspondentes a 0,5% ao mês, conforme vinha sendo aplicado; com a SELIC inferior a tal patamar, a estimativa de rendimento da poupança passa a acompanhar as variações da taxa. Vejamos:

⁹ NOVAIS, Luís Fernando (coord.). Ritmo da Atividade Econômica e Mudanças nas Regras da Poupança. ; **Boletim de Economia n. 15 do Grupo de Economia da Fundação de Desenvolvimento Administrativo - FUNDAP**, São Paulo, v. 15, p. 08, 2012.

Taxa SELIC	Rendimento da poupança (exclusive TR)		Estimativa de rendimento da poupança (inclusive TR)
	MENSAL	ANUAL	ANUAL
8,5%	0,48%	5,95%	6,17%
8,0%	0,46%	5,60%	5,60%
7,5%	0,43%	5,25%	5,25%
7,0%	0,40%	4,90%	4,90%
6,5%	0,37%	4,55%	4,55%
6,0%	0,34%	4,20%	4,20%
5,5%	0,32%	3,85%	3,85%
5,0%	0,29%	3,50%	3,50%
4,5%	0,26%	3,15%	3,15%
4,0%	0,23%	2,80%	2,80%
3,5%	0,20%	2,45%	2,45%
3,0%	0,17%	2,10%	2,10%
2,5%	0,14%	1,75%	1,75%
2,0%	0,12%	1,40%	1,40%

Tabela 1: Comparação entre taxa SELIC e os rendimentos da poupança, utilizando-se as novas regras instituídas pela MP 567/2012. 10

Desta forma, conforme dispõe o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, são os aludidos índices que devem ser aplicados nas condenações impostas à Fazenda Pública, para fins de correção monetária e juros de mora a incidirem sobre o débito.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009

Nos limites do presente estudo, será examinada a constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, à luz do princípio da isonomia e da vedação do enriquecimento ilícito, expressão do direito de propriedade assegurado constitucionalmente.

4.1. PRINCÍPIO DA ISONOMIA / IGUALDADE

10

<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2012/Poupanca_versao_final.pdf>.
Acesso em: 19/09/2012, 16:28h.

Fonte:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo que todos os cidadãos tenham direito de tratamento idêntico perante a lei (artigo 5º, “caput”). Não se proíbe, porém, que a lei estabeleça diferenciações razoáveis, justificadas; o que se veda são diferenciações arbitrárias, “pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça” 11. Tais “desigualdades formais”, contudo, devem ser justificadas e necessárias, consoante ressalta Alexandre de Moraes¹²:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Para verificar, destarte, a compatibilidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação da Lei n. 11.960/2009, com o princípio constitucional da

11 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

12 Ibidem. p. 37.

isonomia, fundamental se faz analisar as razões que levaram o legislador a outorgar à Fazenda Pública tratamento diverso e específico quanto à forma de incidência de juros de mora e correção monetária.

É sabido, como destaca Celso Antônio Bandeira de Melo¹³, que a Administração possui posição privilegiada com o fim de zelar pelo interesse público em detrimento dos interesses individuais, a justificar

os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão (...).

Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial; a posição e ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

Nesse panorama, a legislação brasileira prevê uma série de prerrogativas da Fazenda Pública nos procedimentos judiciais, dentre os quais, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, juízo privativo (arts. 106, 108, II e 109, I da CF), prazos dilatados (art. 188, CPC), duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, I e II, CPC), processo especial de execução (art. 100, CF), prescrição quinquenal (art. 1º, Decreto n. 20.910/1932), dispensa do pagamento das despesas processuais (art. 1º-A da Lei n. 9.494/97) e restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada

13 MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 30.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 691-698.

(Lei n. 8.437/92). Tais privilégios visam garantir e dar efetividade ao princípio da supremacia do interesse público, o qual está diretamente relacionado com a Administração Pública, em detrimento dos interesses particulares e individuais. Esclarece Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra "Direito Administrativo Brasileiro"¹⁵:

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. (...) Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade entre a Administração e os administrados, que no estudo da interpretação do Direito Administrativo apontamos como um de seus pressupostos.

José Roberto Moraes acrescenta que as prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo têm por objetivo precípuo exatamente a proteção do interesse coletivo e difuso, afinal, "quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso"¹⁶. Tais privilégios, ressalta Leonardo José Carneiro da Cunha, devem sempre vir pautados nos princípios da razoabilidade, de sorte a atender efetivamente o princípio da igualdade material entre as partes, "no sentido de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual"¹⁷.

15 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 103.

16 MORAES, José Robert. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública**, apud SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpnella (Coords.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

17 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34.

Analisando o contexto apresentado, os privilégios de natureza processual - tais como as previsões de prazos maiores, a limitação à concessão de tutela antecipada em seu prejuízo, a inversão do ônus da prova - se justificam pela já conhecida sobrecarga das Procuradorias e Promotorias brasileiras¹⁸. As prerrogativas materiais, contudo, devem ser analisadas com cautela e apreciadas conforme o caso, verificando-se se, de fato, se justificam para a garantia da igualdade material entre as partes.

Em se tratando o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 de norma de caráter pecuniário, que deu tratamento especial à incidência de correção monetária e juros de mora contra a Fazenda Pública, resta bastante claro que tem por objetivo preservar os recursos públicos em detrimento do patrimônio do particular. Assim, deve-se analisar se, de fato, é necessário o tratamento diferenciado, ou seja, se o erário encontra-se efetivamente ameaçado pelas condenações judiciais.

Conforme levantamento realizado pela Corregedoria Geral de Justiça, órgão do Conselho Nacional de Justiça, divulgado em agosto de 2012 no sítio eletrônico daquele Conselho¹⁹, mais contemporâneo às modificações legislativas objeto deste estudo, no primeiro semestre de 2012 os débitos judiciais dos Estados, Municípios, Autarquias e Administração Indireta somavam um montante de R\$ 87.570.492.923,93 (oitenta e sete bilhões, quinhentos e setenta milhões,

¹⁸ Neste sentido, vide trecho do voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753, do qual foi Relator: “Admita-se que a burocracia, o gigantismo e a conseqüente lerdeza da máquina estatal expliquem dilatação de prazos processuais em dimensões aceitáveis, qual a do prazo para responder – multiplicado de 15 para 60 dias, ou a duplicação dos prazos para a interposição de recursos”.

¹⁹

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/precatorios/realtorio_precatorios_CNJ_FINAL1.pdf>. Acesso em: 22/01/2019, 15:22.

quatrocentos e noventa e dois mil, novecentos e vinte e três reais e noventa e três centavos) distribuídos da seguinte forma:

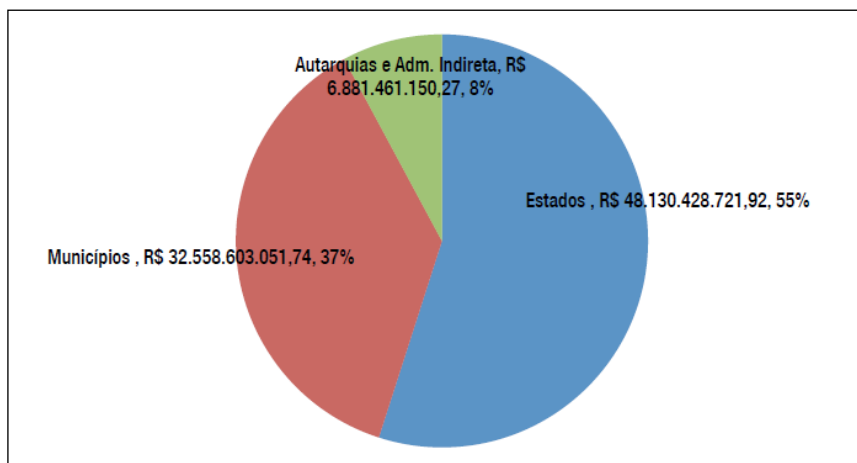


Figura 1: Estatística de proporção de débitos judiciais da Administração Pública

A título ilustrativo, analisando mais detalhadamente o estudo do CNJ, verifica-se que o Estado de Pernambuco, durante o ano de 2011, possuía um débito judicial de R\$ 413.562.213,65 (quatrocentos e treze milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, duzentos e treze reais e sessenta e cinco centavos), tendo repassado para o pagamento dessa dívida, no mesmo período, tão-somente o montante de R\$ 28.890.736,74 (vinte e oito milhões, oitocentos e noventa mil, setecentos e trinta e seis reais e setenta e quatro centavos), ou seja, menos de 7% (sete por cento) do débito. Por outro lado, de acordo com as informações constantes do Relatório de Contas do Governo disponibilizado sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco²⁰, somente em 2010, esse ente federativo gastou R\$ 59.384.244,92 (cinquenta e nove milhões, trezentos e oitenta

²⁰

<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1690&Itemid=251>. Acesso em: 06/11/2012, 14:51h.

e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e dois centavos) em publicidade governamental, mais que o dobro da quantia repassada para o pagamento de precatórios judiciais.

De igual maneira, o estado da Bahia, durante o ano de 2011, possuía um débito de precatório acumulado de R\$ 716.123.966,93 (setecentos e dezesseis milhões, cento e vinte mil, novecentos e sessenta e seis reais e noventa e três centavos), tendo repassado para pagamento, nesse mesmo ano, apenas a quantia de R\$ 48.372.726,45 (quarenta e oito milhões, trezentos e setenta e dois mil, setecentos e vinte e seis reais e quarenta e cinco centavos), novamente bastante aquém da dívida judicial e dos R\$ 89.945.873,52 (oitenta e nove milhões, novecentos e quarenta e cinco mil oitocentos e setenta e três reais e cinquenta e dois centavos) gastos em propaganda, promoção e divulgação da ação governamental²¹.

Por fim, e apenas para esclarecer não se tratar de casos isolados, verifica-se que o estado do Amazonas, no ano de 2011, acumulava um débito judicial de R\$ 471.357.517,07 (quatrocentos e setenta e um milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, quinhentos e dezessete reais e sete centavos), tendo repassado para pagamento judicial o valor de R\$ 4.796.386,91 (quatro milhões, setecentos e noventa e seis mil, trezentos e oitenta e seis reais e noventa e um centavos), enquanto gastou pelo menos R\$ 15.097.557,17 (quinze milhões, noventa e sete mil, quinhentos e cinquenta e sete reais e dezessete centavos)²² com publicidade governamental.

Embora o presente estudo tenha sido realizado à luz da realidade vigente quando da implementação das modificações legislativas, essa realidade continua

21 <http://www.tce.ba.gov.br/images/controle_externo/contas_de_governo/relatorio-versao-final-2011.pdf>. Acesso em: 06/11/2012, 15:39h.

22 <http://www.tce.am.gov.br/portal/?wpserv_dl=195>. Acesso em: 06/11/2012, 15:10h.

atual. O Estado de Pernambuco, por exemplo, citado no trabalho, segundo dados do Tribunal de Contas Estadual, no ano de 2016 gastou com publicidade governamental uma soma de R\$ 79.492.210,56 (setenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e dois mil duzentos e dez reais e cinquenta e seis centavos)²³, quando nesse mesmo ano repassou apenas R\$ 3.171.044,76 (três milhões, cento e setenta e um mil e quarenta e quatro reais e setenta e seis centavos)²⁴ para fins de pagamento de precatórios.

O quadro delimitado revela que, nos períodos mencionados, os valores repassados pelos entes federativos em referência para pagamento dos precatórios judiciais são bastante inferiores das quantias dirigidas à propaganda governamental. Embora se reconheça a necessidade dessa publicidade do Governo em um Estado Democrático e Social, os gastos a ela destinados não podem comprometer as despesas fundamentais do Estado, tampouco seus débitos reconhecidos judicialmente, muitos dos quais de natureza alimentar, como ressalta Raques Cavalcanti Ramos Machado em seu artigo "A Propaganda Governamental no Diálogo entre Estado e Sociedade"²⁵:

gastos com publicidade institucional, ou propaganda governamental, devem ser mínimos, uma vez que, atualmente, o Governo dispõe da tecnologia da internet para divulgar com igual alcance e menor custo suas

23 <<https://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/3960/03-gestao-orcamentaria.pdf>>. Acesso em: 16/07/2018, 14:19h.

24 <<http://www.tjpe.jus.br/documents/1549023/0/-/1df39bd4-bc06-cbb7-ba12-b05314d57185>>. Acesso em: 16/07/2018, 14:26h.

25 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **A Propaganda Governamental no Diálogo entre Estado e Sociedade**. Teresina, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20205-20206-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22/01/2019, 15:40.

informações, ainda que tenham por fim unicamente prestar contas sobre obras e serviços realizados.

(...)

gastos dessa natureza não podem pôr em risco novos atos materiais de natureza social cuja realização se faça necessária.

Diante do exposto, verifica-se que o pagamento dos precatórios judiciais não representa risco à Fazenda Pública, sendo desnecessária, neste âmbito, qualquer prerrogativa ou “desigualdade” do ente público, seja ela formal ou material, sob pena de violação à igualdade constitucional.

4.2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Conquanto não esteja prevista de forma expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia que veda o enriquecimento sem causa é conclusão lógica e implícita do sistema constitucional brasileiro, expressão do direito de propriedade consagrado constitucionalmente (artigo 5º, “caput”), consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁶, encontrando ainda previsão na legislação infraconstitucional. No âmbito do Direito Privado, o artigo 884 do Código Civil Brasileiro estabelece que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos

²⁶ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATUAÇÃO DO RELATOR - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. A apreciação do pedido formulado no agravo de instrumento é atribuído, consoante o artigo 28 da Lei nº 8.038/90, ao relator. Descabe cogitar de usurpação da competência da Turma, quando, a fim de bem desempenhar o mister, necessita dizer da configuração, ou não, de infringência constitucional, isto para definir o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea “a” do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - CRÉDITO - CORREÇÃO - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. **O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa.**” (STF, AgRg no AI 182.458, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/03/1997, DJ 16/05/1997) (grifos meus)

valores monetários”. De fato, cada pessoa tem seu patrimônio - que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem -, necessitando de uma justificativa para que outrem lhe retire algum bem ou parte desse patrimônio, ou estará configurado enriquecimento injustificado em seu prejuízo²⁷. O jurista Sílvio Sávio Venosa ressalta que o enriquecimento do indivíduo, o aumento patrimonial, geralmente provém de uma justa causa, um ato jurídico válido, e continua:

Todavia, pode ocorrer que esse enriquecimento, ora decantado, opere-se sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador. Alguém efetua um pagamento de dívida inexistente, ou paga dívida a quem não é seu credor, ou constrói sobre o terreno de outrem. Tais situações (e como vemos, englobando o pagamento indevido) configuram um enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente, contrário ao direito, ainda que somente sob aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito.²⁸

Deve-se entender que o enriquecimento sem causa somente induz a obrigação de restituir se acarretar no empobrecimento de outrem²⁹, ainda que não haja ilícito. Nesse liame, salienta-se que o enriquecimento sem causa é gênero do qual o enriquecimento ilícito é espécie, e somente esse último pressupõe a

27 MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 26. p. 151.

28 VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 200-201.

29 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: 1ª Parte. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 267.

existência de conduta antijurídica e dolo ou culpa, pertencendo ao âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito³⁰, como alerta Pontes de Mirante.³¹

Nessa linha de ideias, é mister observar que a correção monetária e os juros de mora devem incidir sobre todos os débitos judiciais, por imposição legal³²: a primeira porque apenas garante a manutenção do valor real do patrimônio do credor, assegurando o direito à propriedade protegido pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal de 1988, e o segundo desde a citação válida, para fins de compensação da mora, por força do que dispõem os artigos 405 e 406 do Código Civil. A não incidência plena de ambos, assim, configura enriquecimento sem causa do credor, que estará privado de valor a que faz jus, como ressalta Fabiano Jantalia em sua obra “Juros Bancários”:

A cláusula de atualização ou correção monetária não decorre de qualquer ato ilícito e, a rigor, independe de expressa previsão contratual para que seja devida. Em um mundo capitalista, onde o valor real do dinheiro, segundo nos ensinam os economistas, é depreciado pelo fenômeno inflacionário, afigura-se ela com verdadeiro corolário do princípio geral do Direito que veda o enriquecimento sem causa³³.

Registre-se que o próprio artigo 884 do Diploma de Direito Privado reconhece que o pagamento de um débito sem a incidência de atualização

30 BRANDELLI, Leonardo. **O Enriquecimento Sem Causa no Direito Brasileiro**. São Paulo: 1999. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9921.pdf> >. Acesso em: 22/01/2019, 15:43.

31 MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 26. p. 152.

32 Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura do artigo “Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil Brasileiro”, deste autor.

33 JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

monetária, ou mediante aplicação de índices que não reflitam a real perda monetária da moeda no período, também acarreta em enriquecimento sem causa do devedor, a corroborar a ideia de que a correção monetária não importa em aumento, mas apenas a manutenção do patrimônio do credor. Sua não utilização plena, portanto, representa ilícito civil “e não pode ser cometido por nenhuma pessoa; evidentemente, tampouco pelo Estado, quando é o devedor”, como bem destaca Fernão de Borba Franco³⁴.

Quanto à questão em estudo, o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação atribuída pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, ao estabelecer a aplicação dos “índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança” para fins de “atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”, fez abranger tanto a correção monetária como os juros moratórios. Vale lembrar que, conforme já estudado, o índice atualmente aplicado à caderneta de poupança é a Taxa Referencial (TR), regido pela Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, que estabelece no “caput” de seu artigo 1º:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.

Note-se que, como bem ressalta o já citado jurista Fabiano Jantalia ao analisar a metodologia utilizada para a fixação desse índice,

³⁴ FRANCO, Fernão de Borba. **Execução em Face da Fazenda Pública**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 164.

a TR é, por definição, uma taxa de juros remuneratórios. Sua metodologia, por sinal, não deixa qualquer margem para dúvidas nesse sentido, já que seu cálculo leva em conta justamente as taxas praticadas pelas 30 maiores instituições financeiras do País, em termos de volume de captação. (...) Logo, ao contrário do que se costuma afirmar, o objetivo da criação da TR foi combater os mecanismos tradicionais de repasse dos índices de inflação aos contratos da economia por uma taxa de juros.

Com a criação da TR, portanto, não se buscou verdadeiramente estabelecer um índice de atualização monetária, e sim definir um índice alternativo de remuneração³⁵.

Dessa feita, até mesmo por não ter por escopo a correção monetária, os índices da TR são bem inferiores aos do IPCA, de modo que não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. **A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.** Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram

35 JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. São Paulo: Atlas, 2012, pg.150.

índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, 'caput' e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e paragrafo único; 23 e paragrafos; e 24 e paragrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991." (STF, ADI 493, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/06/1992) (grifos meus)

Por outro lado, conforme também já foi demonstrado no presente trabalho, a taxa de juros aplicada à caderneta de poupança é de, no máximo, 0,5% (meio por cento) ao mês, a depender da taxa SELIC, índice que era o aplicado genericamente pelo Código Civil de 1916 e sofreu duras críticas, "por constituir estímulo decisivo a que as partes, já condenadas ou sem a possibilidade de êxito nas respectivas demandas, viessem a adiar o pagamento de seus débitos" 36, como observa Alan Dias Barros.

A aplicação conjunta, para fins de correção monetária e juros de mora, da TR e de uma taxa de juros moratórios máxima de 0,5% ao mês, como se observa, mostra-se excessivamente aquém daquilo que efetivamente deveria representar a atualização judicial do débito. A título exemplificativo, dados extraídos do sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dão conta de que

36 BARROS, Alan Dias. A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

no mês de dezembro de 2012 o IPCA foi de 0,7937, ao passo que o rendimento da caderneta de poupança foi de 0,413438, ou seja, inferior à própria inflação. A aplicação da sistemática inaugurada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, alterando o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, destarte, conduz ao enriquecimento sem causa do devedor, no caso a Fazenda Pública, e configura, em última análise, violação ao direito de propriedade do credor, consagrado no art. 5º, XXII da Constituição da República de 1988.

4.3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.357

Em 15 de dezembro de 2009, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário (ANSJ), a Confederação Nacional dos Servidores Públicos (CNSP) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) ajuizaram perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade que tomou o número 4.357, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição da República Brasileira e o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Alegou-se, em suma, a inconstitucionalidade formal da Emenda, por inobservância do rito previsto no § 2º do artigo 6º da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade material da norma, sob o argumento de que

37

<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultseriesHist.shtm>. Acesso em: 22/01/2019, 15:32.

38 <<http://www4.bcb.gov.br/pec/poupanca/poupanca.asp>>. Acesso em: 22/01/2019, 15:34.

foram contrariados os artigos 1º, III, 2º, 5º, caput e incisos II, XXII, XXXV, XXXVI, LIV, LV, LXXVIII, 37, *caput*, e 60, § 4º, incisos III e IV, todos da Carta Federal de 1988.

A Emenda Constitucional n. 62/2009, popularmente conhecida como Emenda do Calote, instituiu nova sistemática ao regime dos precatórios, estabelecendo regime de parcelamento dos débitos judiciais, prioridade no pagamento dos créditos de natureza alimentar, bem como preferência aos beneficiários com mais de 60 anos de idade ou portadores de doença grave na data da expedição do requisitório, abatimento/compensação dos débitos do beneficiário com a Fazenda Pública, inaugurando ainda outras possibilidades no pagamento de débitos judiciais. No âmbito deste estudo, calha ressaltar os § 12 do artigo 100 da Constituição Federal³⁹ e §§ 1º, II e 16 do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁴⁰, inaugurados pela aludida Emenda, que estabeleceram a forma de atualização dos valores requisitados no período compreendido entre a data da expedição do requisitório e a do efetivo pagamento, a qual passou a ser realizada “pelo índice oficial de remuneração

39 § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

40 § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: (...) II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (...)

§ 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança”. A disposição, como se observa, é bastante semelhante à contida no artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, objeto deste trabalho, constatando-se que a sistemática de atualização monetária dos valores inscritos em Precatório no período entre a data da inscrição e o pagamento é idêntica à adotada para a atualização dos débitos Fazendários.

Na ação do controle de constitucionalidade concentrado em tela, na esfera do objeto deste estudo, afirmou-se que a instituição de atualização do débito pelos índices da caderneta de poupança configuraria ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 2º, CF) e à coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF), na medida em que a norma retirou a autonomia do magistrado de fixar critérios para a atualização da quantia. Arguiu-se, ainda, violação ao direito de propriedade (artigo 5º, XXII, CF) - porquanto a Taxa Referencial (TR), índice incidente sobre a caderneta de poupança, não reflete a inflação do período -, e ao princípio da igualdade (artigo 5º, caput, CF), uma vez que se passou a adotar critérios distintos entre o Estado e o contribuinte sem motivo justo ou razoável. Por fim, argumentou-se contrariedade aos princípios da moralidade e eficiência (artigo 37, caput, da CF), haja vista que a nova sistemática, ao instituir prerrogativas ao Poder Público, estimularia sua inadimplência.

Após o regular processamento da ação, o então Ministro Relator Carlos Ayres Britto levou a matéria à apreciação da Corte Constitucional em sessão Plenária realizada no dia 06/10/2011, votando pela procedência parcial dos pedidos. Limitando-se às questões relevantes ao presente estudo, o Ministro Relator considerou inconstitucional o fraseado “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” constante do § 12 do artigo 100 da Constituição Federal, do inciso II do § 1º e do § 16 do artigo 97 do ADCT, e a expressão “independente de sua natureza”, contido também no § 12 do artigo 100 da Carta

Magna. Por arrastamento, tendo em vista a identidade das disposições, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, objeto do presente trabalho.

Para o Ministro Relator, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, atualmente a TR, “não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda”, de modo que não resta assegurada a manutenção do valor real da moeda, o que enseja, em consequência lógica, enriquecimento ilícito da Fazenda Pública. De forma ilustrativa, ressalta o Ministro Ayres Britto que entre os anos de 1996 e 2010, enquanto a TR foi de 55,77%, o IPCA, índice que mede a inflação do período, atingiu 97,85%. No que tange à alegada violação ao princípio da isonomia, destacou o Relator que, a despeito de o Supremo Tribunal já ter declarado constitucional o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com sua redação originária, a Emenda Constitucional n. 62/2009 e a Lei n. 11.960/2009 inovaram ao estabelecer forma de incidência de juros de mora para as condenações contra a Fazenda Pública “independentemente de sua natureza”, e não apenas naquelas “para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos”, como previa a redação originária do dispositivo normativo, outrora apreciada pela Corte Constitucional. Assim, entendeu que restou ferido o princípio da isonomia, na medida em que a Fazenda Pública, nos casos de débitos tributários, teria a fluência dos juros de mora em seu favor de acordo com a taxa SELIC, enquanto que, na condição de devedora, estaria sujeita a índices de atualização bem inferiores, quais sejam, aqueles incidentes sobre a caderneta de poupança.

Ao apreciar a questão, após o Ministro Relator proferir seu voto, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos, tendo remetido o processo novamente para análise do Plenário no dia 06/03/2013, acompanhando o Relator no que tange à inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, por

contrariar o direito de propriedade (artigo 5º, XII da Carta Magna) e o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal). Em 13/03/2013 o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade parcial da norma, no que se refere à expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, tendo em vista que tais índices não refletem a perda inflacionária do período, atribuindo ainda interpretação conforme ao dispositivo legal, para que os mesmos critérios de fixação de juros moratórios prevaleçam para devedores públicos e privados nos limites da natureza de cada relação jurídica analisada⁴¹.

5. CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado, o art. 5º da Lei n. 11960/2009, alterando a redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, inovou ao estabelecer forma especial de incidência da correção monetária e dos juros moratórios nos débitos da Fazenda Pública, “independentemente da sua natureza”. A nova forma de incidência, contudo, não se mostra legítima, extrapolando os limites das prerrogativas fazendárias decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado.

Quando do julgamento da ADI 4.357-DF, que tem por objeto a EC 62/2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, com relação à expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, que seria aplicado como correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública. Isso porque tal índice diz respeito à Taxa Referencial Diária (art. 12, Lei n. 8.177/1991), a qual não reflete a perda inflacionária, consoante apontamos neste trabalho, de

⁴¹ As informações referentes à movimentação e julgamento do processo foram extraídas da consulta processual disponibilizada no *web site* do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), bem assim através de acompanhamento dos julgamentos transmitidos pela TV Justiça.

modo que sua aplicação exclusivamente para os débitos fazendários violaria a isonomia e a propriedade protegidas constitucionalmente (artigo 5º, Constituição Federal).

O reconhecimento da inconstitucionalidade parcial da norma gerou discussão quanto aos limites dessa declaração, levando a que o Superior Tribunal de Justiça submetesse a questão ao regime de recurso repetitivo, sob os auspícios do qual ficou decidido que, ante a decisão do Pretório Excelso, o artigo 5º da Lei n. 11.960/2009 somente seria aplicável com relação aos juros de mora, mas não com relação à correção monetária (STJ, REsp 1.270.439-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 02/08/2013). De fato, trata-se de solução mais adequada e condizente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, de modo que, sob nossa compreensão, após a edição da Lei n. 11.960/2009, nas condenações impostas à Fazenda Pública, devem incidir juros de mora de acordo com o índice de juros aplicadas à caderneta de poupança, e correção monetária na forma estabelecida no título judicial, por inconstitucional a incidência da TR.

Em 16 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da discussão, nos autos do Recurso Extraordinário n. 870.947-SE (Tema 810), determinando o sobrestamento de todos os recursos que versam sobre o tema. De igual modo, em sessão realizada em 12 de agosto de 2015, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça submeteu a questão à sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do Recurso Especial n. 1.492.221-PR.

Diante desse histórico, conforme dados divulgados pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de setembro de 2017 existiam quase 90 mil processos sobrestados no País, aguardando a decisão sobre a questão.

Em 20 de setembro de 2017, a Corte Constitucional julgou o referido Recurso Extraordinário 870.947-SE, submetido aos auspícios de repercussão geral, ficando decidido pela aplicação da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei

n. 9.494/1997, com redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, a todas as condenações impostas à Fazenda Pública, e não apenas aos valores já inscritos em Precatório. Por seu turno, em 22 de fevereiro de 2018, a Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça também apreciou a matéria, nos autos do Recurso Especial n. 1.492.221-PR, decidindo, em sede de recurso repetitivo, no mesmo sentido do consignado pelo Pretório Excelso.

Verifica-se que, passados quase dez anos da edição da Lei n. 11.960/2009, a aplicação das modificações instituídas por seu art. 5º permanecem sendo centro de grandes discussões. Recentemente, foi deferido efeito suspensivo aos embargos de declaração perseguindo a modulação dos efeitos do acórdão proferido em sede de repercussão geral (RE870.947-SE), levando a que, ainda hoje, milhares de processos permaneçam suspensos aguardando seja definida a questão.

É imperioso que seja definida, finalmente, todos os contornos que envolvem a aplicação do art. 5º da Lei n. 11.960/2009, evitando o sobrestamento de dezenas de milhares de processos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alan Dias. A taxa SELIC como juros de mora do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade Natalense para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 81-106, 2009. Disponível em: < <http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/189>>. Acesso em: 21/01/2019, 20:05.

BRANDELLI, Leonardo. **O Enriquecimento Sem Causa no Direito Brasileiro**. São Paulo: 1999. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9921.pdf> >. Acesso em: 22/01/2019, 15:43.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

FRANCO, Fernão de Borba. **Execução em Face da Fazenda Pública**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

JANTALIA, Fabiano. **Juros Bancários**. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **A Propaganda Governamental no Diálogo entre Estado e Sociedade**. Teresina, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20205-20206-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22/01/2019, 15:40.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). **Tratado de Direito Privado**. 1. ed., Campinas: Brookseller, 2003. Tomo 26.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: 1ª Parte**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, José Robert. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública**, apud SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpnella (Coords.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOVAIS, Luís Fernando (coord.). Ritmo da Atividade Econômica e Mudanças nas Regras da Poupança. ; **Boletim de Economia n. 15 do Grupo de Economia da Fundação de Desenvolvimento Administrativo - FUNDAP**, São Paulo, v. 15, p. 08, 2012.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2.

ANÁLISE DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS NA COLÔNIA PENAL LAFAYETE COUTINHO SALVADOR/BA.

CRISLAN LOPES DE JESUS: Técnico em Manutenção Industrial pelo SENAI/ CIMATEC. Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Turma de 2018.2. Estagiário do Ministério Público.

TATIANA LARISSA MENDES^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo científico visa apresentar a funcionalidade da Colônia Penal Lafayette Coutinho, localizada em Salvador/Ba, no que diz respeito ao emprego dos pressupostos e objetivos da execução penal, instituídos pela lei 7.210/1984, em consonância com as convenções e tratados internacionais, que visam a proteção da dignidade humana no cumprimento da pena privativa de liberdade, que tem o objetivo, tornar a execução penal ressocializadora e menos degradante.

Palavras-Chave: Colônia Penal. Direitos Humanos. Lei de Execução Penal. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This scientific article aims to present the functionality of the Lafayette Coutinho Penal Colony, located in Salvador / Ba, in relation to the use of the criminal enforcement principles and objectives established by law 7,210 / 1984, in accordance with international conventions and treaties, which aim at the protection of human dignity in the fulfillment of the custodial sentence, which has as its objective, to make criminal enforcement resocializing and less degrading.

Keywords: Penal Colony. Human rights. Criminal Execution Law. Dignity of human person.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE A PROTEÇÃO E OS DIREITOS DOS PRESOS NO BRASIL 2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS 3 PECULIARIDADES DO REGIME SEMIABERTO 4 A COLÔNIA PENAL

LAFAYETE COUTINHO E A SUA FUNCIONALIDADE 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO.

Muito se debate hoje em dia acerca dos regimes prisionais brasileiros, sendo estes instituídos e regulamentados através do caput do artigo 33 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), denominados como regime fechado, semiaberto e aberto, então vejamos: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

O regime semiaberto no Brasil, é considerado por muitos doutrinadores como um regime prisional que possibilita aos reclusos uma maior probabilidade de ressocialização, meramente pelo que é estabelecido no ordenamento jurídico executivo penal.

Pode-se dizer de uma forma macro, que o regime prisional semiaberto envolve desde a administração pública, através de seu plano gerenciador das unidades prisionais, até o que está previsto na Lei de Execução Penal (7.210 de 1984), legislação aplicada aos regimes prisionais brasileiros, com atuação das suas políticas públicas.

É ressabido, que a Constituição Federal Brasileira (CF/88) é soberana, logo todos os seus princípios norteadores deverão ser respeitados pelas legislações infraconstitucionais. Segundo o que preconiza o nobre doutrinador Dirley da Cunha Júnior, em sua obra Curso de Direito Constitucional, os princípios constitucionais são as premissas normativas máximas que reverberam a ideologia de uma constituição: “Os princípios constitucionais, portanto, são as pautas normativas máximas de uma constituição que refletem a sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada”. (JÚNIOR, 2012, p.191).

Desta forma, destaca-se a importância de alguns princípios que devem ser analisados e empregados durante a execução penal, tendo em vista o que rege a Carta Magna, sendo estes extraídos através dos artigos 1º e 5º. Nesse compasso, extrai-se os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, eis que indica as condições mínimas para uma vida digna (art.1º, inciso III); da Igualdade, instituindo

a isonomia entre os cidadãos (*caput* do artigo 5º); da Legalidade, onde limita o Estado a não praticar abusos (art.5º, inciso II); da Proibição da Tortura (art.5º, inciso III); da Individualização da Pena, como forma de impedir que a pena passe da pessoa do condenado (art.5º, inciso XLVI); e o da Humanização da Pena, como forma de extinguir as penas cruéis e de morte, expresso no art.5º, inciso XLVII, do referido dispositivo constitucional.

Pela observação dos princípios supramencionados, podemos dizer, que todas e quaisquer pessoas têm direitos individuais, ainda mais os presos, por estarem em condições inferiores aos demais cidadãos, vez que se encontram com os seus direitos, a exemplo da liberdade, cerceados pelo Estado.

Em face do que foi apresentado acerca dos princípios constitucionais que versam sobre direitos e garantias dos presos, ligados ao princípio da Dignidade humana, como forma de humanizar a pena privativa de liberdade (tornando-as menos degradantes e ressocializadoras), o presente artigo visa abordar os aspectos aplicados do regime prisional semiaberto na unidade prisional Colônia Penal Lafayete Coutinho (CPLC), tendo em vista o que rege a Lei de Execução Penal e as convenções e tratados internacionais que visam a humanização no cumprimento de pena.

Dessa forma, analisaremos as previsões do ordenamento jurídico, junto as convenções e tratados internacionais que versam sobre direitos dos presos, no Brasil, frente às informações obtidas através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Atividades Laborativas e Educacionais da Secretaria de Administração Penitenciária da Bahia (SEAP), ligada a esta unidade prisional.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE A PROTEÇÃO E OS DIREITOS DOS PRESOS NO BRASIL

Antes de abordarmos especificamente o histórico das convenções e tratados internacionais, que estipulam direitos às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, cumpro ressaltar, inicialmente, em uma pequena síntese, o conceito de direitos humanos e o histórico das sanções penais.

Em breves linhas, os direitos humanos nada mais é que uma coleção de garantias que tem por propósitos a proteção da vida humana. Nessa linha, Alexandre de Moraes define o que são os direitos humanos fundamentais:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2011, p.20)

Por conseguinte, entendemos que todo o contexto ligado aos direitos humanos são imprescindíveis ao homem, em sua esfera social, de tal forma que são indispensáveis à sua condição de ser humano.

Em relação às sanções penais, historicamente, uma das mais aplicadas era a pena de talião, onde não era uma lei, mas sim um princípio que indicava uma ideia principal, onde as penas para os delitos eram tidas como equivalentes aos danos causados. (CASTRO, 2014, p.17). A ideia de equivalência chegara a assustar, vez que, até pessoas inocentes, necessariamente, eram punidas ao invés das culpadas.

Nesse entendimento, asseverou Flávia Lages de Castro: "O Código de Hamurabi utiliza muito esse princípio no tocante a danos físicos, chegando a aplica-lo radicalmente mesmo quando, para conseguir a equivalência, penalizando outras pessoas que não o culpado." (2014, p.18).

Na mesma linha de pensamento, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, aduziu que na antiguidade as formas das sanções penais tinham o cunho meramente reparador, de tal modo, não existia sequer limites, sendo possível passar a pena do delinquentes até a figura dos seus familiares (2001, p.37). Observa-se que nos dias atuais, esta prática infringiria cláusula pétrea contida na Constituição Federal de 1988.

Em observância do que fora mencionado, observemos o citado artigo que contém tal dispositivo:

Art.5º (CF/88) - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I- ...

II-...

XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Frisa-se que na linha das sanções penais, a lei de talião, também chamada de princípio da pena de talião, era um dos mecanismos mais utilizados pelos povos antigos (CASTRO, 2014 p. 17). Indo no mesmo sentido, a constituída babilônia do rei Hammurabi, onde exerceu o seu poder dentre os mais distintos povos conquistados, unificando-os com a língua, a religião e o direito, ordenando a criação de um código escrito, utilizando princípios da lei de talião como forma de controle e justiça. (CASTRO, 2014 p. 14).

O doutrinador Alexandre de Moraes (MORAES, 2011 p. 6), em sua obra Direitos Humanos Fundamentais, asseverou acerca dos direitos comuns, aduzindo que o Código de Hammurabi fora, talvez, o primeiro a codificar um rol de direitos comuns a todos os homens, versando sobre a vida, propriedade, a honra, dignidade, família, prevendo a supremacia das leis em relação aos governantes.

Desta forma, resta saber que o Direito Penal evoluiu concomitantemente com a evolução humana, e assim surgiram às modalidades de pena, a primeira delas é denominada como vingança privada, onde o único objetivo era a pura e simples retribuição do mal praticado, exercida não somente por quem tinha sofrido o dano, mas também por seus parentes; vingança divina, como o próprio nome já diz, refere-se às penas praticadas por sacerdotes, em nome do divino; e a vingança pública, surgindo como uma forma de proteção ao Estado, garantindo a sua soberania, aplicando ainda assim, penas cruéis. (GRECO, 2017, p.65).

Realizando uma comparação entre as punições dos antigos povos e as realizadas atualmente, percebemos uma verdadeira lacuna entre o direito de ter o seu dano reparado, frente a capacidade do delinquente suportar determinadas punições, aquém dos estabelecidos nos dias atuais, onde busca-se individualizar as condutas, não podendo passar a pena da pessoa do condenado, ligado diretamente as prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, que aqui serão expostas.

Como já fora mencionado, os direitos humanos é um título que versa sobre as garantias dos quais todos os seres humanos devem dispor, pelo simples fato de existir, por sua qualidade como ser humano, independente de credo, etnia ou até mesmo pela orientação sexual, sendo um pré-requisito para uma forma digna de vida. Segundo Borges (1994 apud COELHO, 2011, p.17) os Direitos humanos são:

São aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei -, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

Entrando nessa premissa, o princípio da dignidade da pessoa humana é um marco chave na Constituição Federal Brasileira de 1988, tipificado expressamente em seu art. 1º, inciso III. Em decorrência disso, podemos dizer, que a sociedade brasileira goza de direitos fundamentais, sendo estas titulares do mais pleno direito, contudo, nem sempre foi assim, vez que a sociedade humana passou por uma grande transformação ao longo do tempo, até alcançar este patamar.

Primordialmente, vale destacar a finalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme ilustrou Alexandre de Moraes, em sua obra (2011, p.16), onde este aduz que a finalidade desta, consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida essenciais, como a dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral dentre outras.

Por derradeiro, têm-se que a evolução desses direitos iniciou-se através de algumas declarações, onde não tinham o cunho vinculatório, assumindo então, formas de tratados internacionais, onde a partir daí, vincularam, obrigando os países signatários ao seu cumprimento.

A dignidade da pessoa humana se integra a um conjunto de defesa ligado aos direitos humanos, onde veio a ser desenvolvida ao longo dos séculos. É interessante destacar, que apesar das diferenças biológicas e culturais, o que distinguem os seres humanos, todos nós merecemos ter os nossos direitos respeitados.

Através de uma longa caminhada histórica, os Direitos Humanos tornou-se um dos principais pilares que norteia os direitos individuais e coletivos das pessoas, tendo a sua real importância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, pois, como ensina Francisco Rezek (1996, Apud MORAES, 2011): “até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”.

Com outras palavras, o doutrinador Moraes ratificou esse entendimento:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... (MORAES, 2011 p. 17)

A partir do breve histórico das sanções penais e do entendimento da finalidade dos Direitos do Homem, adentramos em sua formação, no que tange às pessoas que tem a sua liberdade cerceada pelo cumprimento de pena privativa de liberdade. Dessa forma, a valorização da vida do homem preso, ocorrera através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, onde podemos observar tal importância, através de seu artigo 5º, onde resguardou que ninguém será submetido a tortura, ou a pena de tratamento cruel, desumano ou degradante.

Tal constatação aproxima-se do entendimento de Norberto Bobbio, onde este comentou acerca da luta na criação desses direitos:

Que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (Bobbio, 1992, p.9).

A partir daí, surgiram outros dispositivos que versaram sobre a dignidade no cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, como por exemplo, as Regras Mínimas para Tratamento dos Prisioneiros, onde sua formulação deu-se em Genebra, 1955, pelo 1º Congresso das Nações Unidas, que na ocasião trataram sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquente, onde tal dispositivo trouxe premissas, tidas como mínimas, a serem observadas nos estabelecimentos prisionais. Nos dias atuais, este dispositivo encontra-se atualizado, denominado como a Regra de Mandela (Justiça, 2016), onde este instituiu orientações referente aos princípios básicos do preso, como por exemplo: tratamento do apenado; segurança do ambiente carcerário; dos objetivos da sentença de encarceramento; das acomodações; higiene pessoal; versando também sobre os regimes prisionais, indicando que estas devem minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade, tudo isto ligado diretamente com o que preconiza e é ventilado pelas convenções e tratados internacionais que versam sobre dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha, as Nações Unidas em sua assembleia, concluiu em 1966, onze anos após a instituída Regra Mínima para o Tratamento dos Prisioneiros, a formulação de um pacto, denominado Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, onde ampliou os sentidos dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo o direito à vida, direito à integridade pessoal, a proibição da escravidão e da servidão, o direito à liberdade pessoal, às garantias judiciais, o direito à indenização, proteção da honra e da dignidade, liberdade de consciência e de religião, direitos políticos, igualdade perante a lei, dentre outros.

O pacto em questão referenciou-se também sobre a pena privativa de liberdade, onde no *caput* do artigo 10 aduziu que "Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana." ([Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992](#)), **demonstrando**

também, através do dispositivo 3 que “ O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”.

Em São José da Costa Rica, no ano de 1969, surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, somente sendo ratificada pelo Brasil no ano de 1992 (**decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**), contudo, trouxe uma nova sistemática no que tange à vida e a dignidade humana, consagrando através de seu artigo 5º o respeito a integridade física, psíquica e moral, a proibição da tortura, ou penas cruéis, definindo também a finalidade essencial da pena, que é a reforma e a readaptação social dos condenados.

Têm-se também outros dois instrumentos que versa sobre essa matéria em questão, que é a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ratificada pelo Brasil em 1989 ([Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991](#)), e a **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 1985, ratificada também no ano de 1989 pelo Brasil** ([Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989](#)).

Diante das convenções e tratados internacionais acima expostos, observamos que estas se coadunam com as declarações de Beccaria (2013, p.40), onde este refutou a necessidade da pena atingir o corpo do indivíduo, observando-se que há um limites nas sanções impostas pelo Estado, em relação às pessoas que cumprem pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais, sendo este limite, o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Em atenção ao princípio constitucional da soberania, através do artigo 1º da Constituição Federal (CF/88), está consolidada a proteção da dignidade humana como forma basilar do Estado Democrático de Direito, garantindo desta forma, na execução penal, tratamento digno aos presos.

A lei que regula a execução penal é a 7.210/1984, que por sua vez, a sua natureza jurisdicional implica admitir sujeições aos princípios e garantias constitucionais incidentes. (MARCÃO, 2013 p. 32).

Não podemos deixar de mencionar, que apesar da LEP ser instituída há 04 anos anteriores ao da Constituição Federal (1988), inicialmente, obedeceu as balizas legais intrínsecas do Pacto de San José da Costa Rica, tratado de 22 de novembro de 1969, onde através do seu artigo 5º estabeleceu Direitos à Integridade Pessoal, elemento basilar da Lei de Execução Penal (7.210/1984), então vejamos:

Artigo 5º (Decreto nº 678/1992) - Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Utilizando essa baliza primordial, a Lei 7.2010 de 11 de julho de 1984 ganhou o propósito de fixar as disposições da sentença ou das decisões criminais, com o fim de promover integração social entre os condenados e os internados, conforme disposto em seu artigo 1º. Dessa forma, observemos: "Art. 1º- A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

No mesmo raciocínio, asseverou Renato Marcão: “A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou internado, já que adota a teoria mista ou eclética, segundo qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização”. (MARCÃO, 2013 p. 31).

Logo, entendemos o porquê de a ressocialização estar embutida na finalidade da pena, através da real integração social, onde conceitualmente, trata-se do combate à sua exclusão. E quando falamos que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença, estamos aduzindo que o Estado tem por obrigação oferecer condições para que os apenados cumpram a sua pena, ofertando para tal, as assistências contidas no artigo 11 da Lei de execução penal, sendo elas a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Dessa forma, acertou Cesare Bonesana Beccaria, ao expor o seu entendimento referente a humanização da pena, asseverando, que a aplicação da pena deveria atingir o espírito humano e não os seus corpos. (BECCARIA, 2013).

A LEP, em todo o seu bojo normativo jurídico, convencionou, ajustando a todos os condenados, internados ou até mesmo os presos provisórios, acerca de dispositivos que visam blindá-los contra a degradação física, mental e social, durante o cumprimento de pena, instituído assim, através do capítulo IV, seção II, os direitos dos presos, dando-lhes as garantidas das assistências à saúde, material, jurídica, social, educacional, familiar, dentre outras, tipificadas no artigo 41, em todos os seus 16 incisos.

3. PECULIARIDADES DO REGIME SEMIABERTO

O regime prisional semiaberto, instituído através do já citado artigo 33 do Código Penal, é um regime de transição entre o regime fechado e o regime aberto, onde teoricamente, todo o preso em regime fechado deverá passar por ele, tendo em vista a adoção do regime progressivo de cumprimento de pena adotado pelo Código Penal, em seu artigo 33, § 2º.

No mesmo sentido, também tipificou a LEP. vejamos:

Art. 112 (Lei 7.210/84). A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz,

quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O semiaberto é o regime onde, teoricamente, todo o preso em regime fechado tem que passar, obedecendo a vedação da progressão de regime *per saltum* (por salto), princípio este, que impede o apenado a prosperar diretamente do regime fechado para o aberto, tendo em vista o caráter ressocializador do regime de transição.

Assim, no que se refere a progressão *per saltum*, o doutrinador Rogério Greco afirmou: "... a progressão também não poderá ser realizada por "saltos", ou seja, deverá sempre obedecer ao regime legal imediatamente seguinte ao qual o condenado vem cumprindo sua pena." (GRECO, 2015, p.224).

O Código Penal, através do art.33, §1º, alínea b, define que as Colônias Agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares são as que comportam o regime semiaberto, prelecionando também, no mesmo sentido, a LEP, em seu artigo 91.

Como consequência, o semiaberto foi criado para ser a principal porta de acesso do preso para um novo convívio em sociedade, sendo assim, foram institucionalizadas políticas de reinserção gradativa, que tem como finalidade melhorar o indivíduo, além de reinseri-lo ao convívio familiar.

Uma das principais formas de reinserção gradativa, são as autorizações de saídas dos estabelecimentos prisionais, que são divididas em duas espécies, permissão de saídas e saídas temporárias, tipificadas através das subseções I e II, respectivamente, da LEP.

O ilustre doutrinador Renato Marcão relata sobre o que tange as autorizações de saída:

Têm por escopo permitir àquele que se encontra sob o cumprimento de pena privativa de liberdade o restabelecimento gradual do contato com seus familiares fora do ambiente carcerário e o mundo exterior, com

atividades que interessam à (re)estruturação de sua formação moral, ética e profissional, como mecanismos aptos a viabilizar sua (re)integração social. (MARCÃO, 2013 p. 207).

A permissão de saída poderá ocorrer com o falecimento ou doença do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão do preso, ou sob a necessidade de se submeter a tratamentos médicos (LEP, art.120). Conforme o seu parágrafo único, a responsabilidade em conceder essa permissão será do diretor do estabelecimento prisional.

Nesse sentido, aduziu Fernando Capez, em seu livro Curso de Direito Penal: "O parágrafo único desse dispositivo confere a atribuição para conceder a permissão de saída ao diretor do estabelecimento onde se encontra o preso. Trata-se, portanto, de medida meramente administrativa". (CAPEZ, 2011, p.412).

Já as saídas temporárias, definida através dos artigos 122 e seguintes, da subseção II da LEP, são de responsabilidade do juiz da execução penal, concedidas através de um ato motivado, estabelecendo, inclusive, o artigo 124, que essas autorizações serão concedidas pelo prazo não superior a 7 dias, mas poderão ser renovadas por mais quatro vezes ao ano.

Nesse diapasão, Luiz Regis Prado:

Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto podem obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta para visitar à família, podendo o juiz da execução determinar a utilização de equipamento de monitoração eletrônica. (PRADO, 2012, p. 561).

O objetivo desse benefício é estreitar o laço familiar, permitindo frequentar cursos, ou até participar de outras atividades que visem o convívio em sociedade, contudo, existe algumas proibições, devendo o condenado fornecer endereço residencial em que poderá ser encontrado na vigência do benefício, ou até mesmo, recolhimento noturno e a proibição de frequentar bares ou lugares semelhantes. (LEP, art. 124, §1º).

Observa-se que para o condenado ter direito a este benefício, deverá inicialmente ter cumprido 1/6 de sua pena, se for primário, e 1/4 se for reincidente, devendo também ter comportamento adequando no cárcere (LEP, art.213 e incisos).

Outra característica do regime semiaberto é a possibilidade de ser realizado atividades laborativas e educativas fora do ambiente carcerário, com a obrigação do recluso retornar ao cárcere após essas atividades.

Nessa esteira, o labor e o estudo fazem jus (direito) a figura da remição. Logo, Renato Marcão, entende que a palavra remição: "vem de *redimere*, que no latim significa reparar, compensar, ressarcir. (...) pelo instituto da remição. O sentenciado pode reduzir o tempo de cumprimento de pena." (MARCÃO,2013, p.215).

Logo, para cada três dias habituais trabalhados pelo preso, será abatido um dia de sua pena (LEP, art.126, §1º, II), observado a jornada de trabalho, não inferior a seis horas, tão pouco superior a oito, sendo respeitados os dias de descanso. Já a remição pelas atividades educativas, dá-se a carga horária escolar, na proporção de um dia de redução de pena a cada doze horas de estudo (LEP, art. 126, §1º), as atividades educacionais poderão ocorrer nos ensinos fundamentais, médio, profissionalizante ou superior.

Sendo assim, diante de tais peculiaridades, de acordo com a teoria adotada pela execução penal, sendo estas mistas ou eclética, essas prerrogativas do regime prisional semiaberto, visa tão somente a humanização. (MARCÃO,2013, p.32).

4. A COLÔNIA PENAL LAFAYETE COUTINHO (CPLC) E A SUA FUNCIONALIDADE

Antes de mais nada, cumpre ressaltar, como forma de controlar as funcionalidades das unidades prisionais brasileiras, dos mais distintos regimes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realiza inspeções periódicas nos estabelecimentos carcerários de todo o Brasil, através de juízes (responsáveis), exarando ao seu término, relatório de controle, ocorrendo em outubro de 2018, a última inspeção realizada na Colônia Penal Lafayette Coutinho.

Observando os dispostos da Lei de Execução Penal e das Convenções e Tratados Internacionais, que versam sobre direitos dos presos, é que podemos analisar as funcionalidades e diretrizes da CPLC, na aplicação do regime de transição.

A CPLC está localizada no bairro de Castelo Branco, Salvador/BA, e abrange, exclusivamente, o regime prisional semiaberto. A sua capacidade atual é de 234 apenados, e em outubro de 2018, estão segregados 213 presos, número inferior alocação máxima, estando estes comportados e distribuídos em três locais, identificados como ala A, ala B, e ala Azul, restando a última para os presos que exercem atividades laborativas.

Através do último relatório de controle nacional, entendemos o porquê de a lotação atual não estar acima do limite, como ocorre nas demais estruturas carcerárias do País, pois fora observado pelo juiz responsável a existência da interdição de uma das alas, estando esta sem previsão de reforma. Por consequência, é notório que não há a possibilidade de acomodar presos oriundos de outros regimes prisionais.

Isto posto, extrai-se do relatório de controle que as condições físicas (estruturais) desse estabelecimento prisional são consideradas “ruins”, logo, outros presos em regime mais gravosos, ficam impossibilitados de progredirem, tendo em vista a não criação de novas vagas, permanecendo custodiados em estabelecimentos do regime fechado, ou até mesmo em estabelecimentos provisórios.

Nesse mesmo entendimento, constatou Renato Marcão:

Não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semiaberto na Cadeia Pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos com pena a cumprir no regime semiaberto, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de saídas temporárias. (MARCÃO, 2013 p. 137).

A Lei de Execução Penal, na seção I, do capítulo II, dispõe que a assistência do preso e do internado é dever do Estado, tipificando na sequência, o rol das assistências, consistindo em material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, posteriormente aduzindo que o estabelecimento prisional disporá de instalações e serviços que atendam aos presos em sua necessidade (art.13).

A comissão do Conselho Nacional de Justiça, através de seu relatório, também informou que é prestada essas políticas públicas aos presos na CPLC, consistindo em materiais (alimentação, vestuário, etc.), assistência à saúde (odontológico; médico), assistência jurídica (defensoria pública), assistência educacional, assistência social e religiosa, conforme tipificados no rol de direitos dos presos, da Lei 7.210/1984.

Cumprе salientar, que políticas públicas na execução penal é o conjunto de atuações que é desenvolvida pelos órgãos do Estado, onde empregam forças, diretamente e indiretamente, objetivando resguardar determinado direito do preso.

Como dever do Estado, conforme determina o art. 83 da *lex* que regula a execução penal, esta unidade prisional possui salas de aulas, biblioteca, local para assistência religiosa, área destinada para visita familiar, área de banho de sol, enfermaria, espaço para prática esportiva e gabinete odontológico. Acontece, contudo, a comissão do CNJ, detectou a ausência no que diz respeito ao local de visitação íntima e sala de entrevista com advogado, ferindo, dessa forma, diretrizes das convenções internacionais, além de prerrogativas do advogado.

Em observância das áreas destinadas ao emprego das políticas públicas, lá ocorrem os serviços das assistências em geral, que tem como objetivo expreso, prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (MARCÃO, 2013 p. 50).

Indo a afundo na assistência educacional ofertada nessa unidade carcerária, através da coordenação de atividades laborativas e educacionais da Secretaria de Administração Penitenciária da Bahia (SEAP), obtivemos informações como ocorre a sua funcionalidade, tendo em vista o posicionamento de sua aplicação pela inspeção do CNJ.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, estipulou que todo o homem tem direito a instrução, sendo esta gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, devendo ser acessível a todos (art.26).

Como forma de ampliar esse entendimento, foi estipulado no item 77 da Regra Mínima para Tratamento de Reclusos, da ONU, os seguintes termos:

Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito, incluindo instrução religiosa nos países em que tal for possível. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção. Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a educação.

Em atenção a essas diretrizes, ocorre no interior da unidade prisional, aulas dos mais variados graus de educação, tendo como base a alfabetização, pois, uma grande parcela dos apenados sequer sabem ler ou escrever. Acontece, também, através de convênios, a realização de cursos e minicursos profissionalizantes, a respeito de cursos para a realização do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), do ENCCEJA (Exame Nacional Para Certificação de Competências de Jovens e Adultos), do PRONATEC (Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego), curso de avicultor, curso para a atividade de relações humanas (RH), dentre outros.

Podemos observar, que no mês de setembro de 2018, houve 118 inscritos nas atividades educacionais, tendo em vista que a meta estipulada para esse mês, era de 133, em observância a lotação carcerária da época de 222 apenados.

As atividades laborativas, como uma das características já observadas do regime prisional semiaberto, não deixam de ser aplicadas na Colônia Penal Lafayette Coutinho, sendo desmembradas em três espécies: atividade laborativa fornecida pelo Estado, remunerada e não remunerada, e as atividades laborativas fornecidas pela sociedade.

Desta forma, as atividades não remuneradas fornecidas pelo Estado, são exercidas no interior do estabelecimento prisional e englobam diversas funções laborais, sendo estas ocupações de eletricista, encanador, monitores da biblioteca, responsáveis pela horta orgânica, manutenção do espaço ecumênico, e apoio ao estabelecimento prisional.

Observa-se que necessariamente são respeitadas às aptidões de cada indivíduo preso, onde estes, por sua vez, fazem *jus* à remição de pena por dia trabalhado, mesmo laborando no interior da unidade prisional.

Como forma de atividades laborativas remuneradas fornecidas pelo Estado, estas ocorreram através de convênios com as instituições da Secretaria de Administração do Estado da Bahia- SAEB, Tribunal de Justiça do Estado - TJ/BA, e Correios.

Observou-se que devido a rotatividade carcerária, através da progressão e regressão de regime, entre os presos desta unidade prisional, a quantidade de inscrição e assiduidade destes em relação às atividades laborativas remuneradas pelo estado, se encontram desconformes, como por exemplo, as atividades exercidas na Secretaria de Administração do Estado da Bahia, onde no mês de julho tiveram 15 reeducando exercendo as atividades, e no mês seguinte, apenas 6 reclusos continuaram prestando serviços, pelos mais variados motivos: faltas indisciplinadas, por não mais quererem laborar, dentre outros.

Do outro lado, tem-se a figura da atividade laborativa remunerada fornecida pela sociedade em geral, sendo estas também exercidas fora do ambiente carcerário. Respeitando também as aptidões de cada recluso (sua idade, sua habilitação, e sua condição pessoal). Notou-se que no mês de agosto, somente três empresas conveniadas, sendo estas a "Bahia Palets", "Shalom Bolsas e Acessórios" e "Estopas e Trapos Dupreso e Ducarro", exerciam o seu papel ressocializador, onde somente seis reeducando receberam autorização para exercer atividades laborais nessas empresas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os argumentos levantados sobre a origem das penas, histórico das sanções penais, do contexto histórico das convenções e tratados que estipularam direitos aos reclusos no cumprimento da pena privativa de liberdade, a origem e a aplicabilidade da Lei de Execução Penal, e das peculiaridades do regime semiaberto, é que pudemos entender a mecânica do gerenciamento da Colônia Penal Lafayette Coutinho, diminuindo assim, o espaço entre a teoria e a prática.

É inegável que é do Estado a responsabilidade pelo apenado no Brasil, possuindo essa função primordial, pelo princípio que rege a soberania, por ser detento do *ius puniendi*, ou seja, direito de punir. Possuindo o dever de retirar o delinquente dos seios da sociedade, punir e oferecer condições para que este

cumpra a sua pena na estrita integralidade, possibilitando aos ingressos todos os meios necessários para que retornem para a sociedade como indivíduos melhores e recuperados.

Nesse sentido, assevera Capez (2012, p.67):

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus persequendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Nesse compasso, chegamos à conclusão, através dos dispositivos legais, e entendimentos doutrinários, que a tutela do preso, no ambiente carcerário, também é da sociedade, devendo esta concorrer diretamente com o Estado, fiscalizando e ofertando meios para os quais busque a melhora dos indivíduos ali confinados.

A sociedade tem papel de extrema importância, sendo ela participativa durante todo o processo de cumprimento de pena, inclusive nos aspectos ressocializadores, figurando como a espécie de um coautor, onde age em evidente comunhão de desígnios e propósitos com o Estado, na busca da efetiva reintegração do apenado à sociedade, ficando incumbida da complementação da participação estatal.

Corroborando essa afirmação, preleciona a Lei 7.2010, de julho de 1984, aduzindo que o Estado recorrerá à cooperação da comunidade quando versar sobre atividades ligadas à execução da pena, então vejamos: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança." (art.4º).

No mesmo sentido, aduziu Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.25):

A ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Salienta também que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de

controle social através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola, a igreja.

A sociedade, poderá participar pela figura familiar (através de visitas aos presos nas unidades prisionais), diminuindo a percepção e o distanciamento da vida em sociedade carcerária em relação à vida em sociedade em geral; pela razão religiosa (ofertando aos presos a possibilidade de cultivar as mais variadas religiões dentro do ambiente carcerário, através de comitivas de cultos religiosos); e através das atividades laborativas fora do ambiente prisional, ofertando empregos através de convênios, obtendo em contrapartida, benefícios públicos.

Tendo em vista o objetivo da execução penal, que é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, pudemos observar que a Colônia Penal Lafayette Coutinho oferece para aos seus ingressos políticas públicas, acontece, contudo, não da forma que estipula a Lei de Execução Penal, pois, como pôde ser observado, nem todos os reeducando participam, por livre e espontânea vontade, ou têm a chance de participar de alguns benefícios inerentes ao regime, que tem por finalidade a sua (re)socialização.

Então, entendemos que não é distante o efetivo cumprimento do quanto exposto na Lei 7.210/1984, pela Colônia Penal Lafayette Coutinho, considerando, que de uma certa forma, já são empregadas algumas das políticas públicas que tem por fim a humanização da pena, havendo, somente, a necessidade da efetiva atenção do Estado, em oferecer ambientes salubres, capacitação para os profissionais ligados a execução da pena, junto a condições para que estes exerçam o seu labor; e da conscientização da sociedade, para que militem em pró da efetiva (re) socialização, observando o seu poder de fiscalização, e de ofertar atividades laborais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2001. - Vol. 2.

_____. Tratado de direito Penal [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2012. - Vol. 17.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos [Livro]. - Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum Compacto. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Decreto- Lei nº2.848, de 07 de dezembro de 1940. - Código Penal. Disponível em <[http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 02 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. - Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 02 de outubro de 2018.

_____. Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992. - Promulgação do Pacto São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//ccivil_03/decreto/D0678.htm> . Acesso em 15 de outubro de 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal [Livro]. - São Paulo: Saraiva, 2011. 15ª ed.

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil [Livro]. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014. - Vol. 10.

Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos [Livro]. - [s.l.] : Saraiva, 2013. - Vol. VIII.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regra de Mandela - Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento do Preso. - Brasília : [s.n.], 2016. Disponível em:<[http://http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf)> acesso em 10 de outubro de 2018.

_____. Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais. Resolução n. 47. Geopresídios – Uma radiografia do sistema carcerário. Disponível

em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 12 de novembro. 2018.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado [Livro]. - Niterói : Impetus, 2015. - Vol. 19.

_____. Curso de Direito Penal: Parte geral [Livro]. - Niterói : Impetus, 2017. - Vol. 19.

JR. Paulo Hamilton Siqueira e Machado de Oliveira Miguel Augusto. Direitos Humano e Cidadania [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. - Vol. 3.

JÚNIOR. Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional [Livro]. - Salvador: Jus Podivm, 2012. - 6 ed.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2013. - Vol. 11.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais [Livro]. - São Paulo : Atlas, 2011. - Vol. 9.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOARES, Carina de Oliveira. Os tratados internacionais no Ordenamento jurídico brasileiro: Análise das Relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal. In: âmbito Jurídico. Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

NOTA:

[1] Advogada, Professora da Graduação da UCSAL, Doutoranda em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social (UCSAL), Mestre em Direito Indígena (UBU/ Espanha), e Especialista em Metodologia do Ensino Superior (FBB).