

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1173

(Ano XV)

(21/10/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

QR Code do Volume 1173



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1173 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 445 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O STJ pela sua Sexta Turma afasta in dubio pro societate na pronúncia e cassa decisão que submeteu acusado ao tribunal do júri exigindo a necessidade da alta probabilidade contra o réu para ser pronúncia.

Valdinei Cordeiro Coimbra, 08

ARTIGOS

Princípio da continuidade do serviço público e possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao poder público inadimplente

Suzany do Amaral, 16.

Liberdade de expressão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Bruno Quaresma Vivas, 27.

Processo de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes, 34.

Desafios contemporâneos no combate ao feminicídio: aspectos culturais, jurídicos e a pandemia de Covid-19

Bianca Martin Reynaldo, 43.

O enigma da execução: decifra-me ou te devoro

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 62.

Quem é o suspeito? Uma análise da presunção de periculosidade do “vadio” do Código Criminal do Império ao Código de Processo Penal

Júlio César Marques da Silva, 94.

Norma Penal em Branco e a Complementação por Atos Infralegais à luz do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral do STF

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes, 98.

Análise do artigo 223-g, § 1º, da CLT e o sistema de tarifação dano moral na seara trabalhista

Ana Caroline Rodrigues Serrilho, 108.

A tributação progressiva sobre o patrimônio imobiliário no direito brasileiro

Júlio César Marques da Silva, 126.

Intervenção Supressiva do Estado na Propriedade: Desapropriação e Institutos Relacionados à Luz da Jurisprudência

Sophia de Moura Leite, 142.

O acesso à justiça como componente do mínimo existencial

Lauriane Matos da Rocha, 154.

Presidencialismo de coalisão e a crise brasileira

Bruno Quaresma Vivas, 176.

Direito à Previdência dos Trabalhadores Rurais: Uma Análise Histórica

Leonardo Gelatti Backes, 189.

A responsabilidade das Instituições Bancárias nos casos de golpe via transferência eletrônica ou pix

Bruno Quaresma Vivas, 201.

Conflito de Atribuições entre órgãos do MPE e entre órgãos do MPE e MPF e a Evolução Jurisprudencial do STF

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes, 210.

Sobre prisões e massacres: uma literatura (re)visitada

Lauriane Matos da Rocha, 220.

Dos crimes contra a fé pública: normativa legal, doutrina, jurisprudência e análise crítica

David Ferreira Santana, 229.

Arbitragem como método extrajudicial eficaz de resolução de conflitos

Luana Strapazzon de Almeida, 276.

Além do direito: a margem de liberdade dos burocratas de nível de rua na implementação de políticas públicas

Bruno da Silva Amorim e Vitória Medeiros Dias, 284.

Violência e maus tratos contra animais. A inconcebível normalização (aceitação) dessa prática criminosa em prejuízo da fauna brasileira.

Alexandre Barros da Fonseca, 289.

TESE DE DOURADO

Acceso a la justicia: la carga económica del proceso. propuestas y soluciones

Maria Jose Carvalho de Sousa Milhomem, 293.

O STJ PELA SUA SEXTA TURMA AFASTA IN DUBIO PRO SOCIETATE NA PRONÚNCIA E CASSA DECISÃO QUE SUBMETEU ACUSADO AO TRIBUNAL DO JÚRI EXIGINDO A NECESSIDADE DA ALTA PROBABILIDADE CONTRA O RÉU PARA SER PRONUNCIADO.

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

Resumo: A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afastar o preceito *in dubio pro societate* ao cassar a decisão que havia mandado um homem acusado de participação em homicídio a júri popular no Distrito Federal. A compreensão doutrinária de que a pronúncia não exigia prova cabal de autoria foi superada pelo colegiado, que ressaltou a necessidade de alta probabilidade de envolvimento do réu no crime. O artigo discute a importância dessa exigência e a necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves.

Palavras-chave: sentença de pronúncia, *in dubio pro societate*, alta probabilidade, envolvimento do réu, júri popular.

Introdução

A sentença de pronúncia é uma etapa crucial do processo penal, na qual o juiz decide se o réu deve ser submetido a julgamento pelo tribunal do júri. Durante muito tempo, prevaleceu a compreensão de que, nessa fase, não era necessário apresentar prova cabal de autoria, sendo suficiente a existência de indícios mínimos para justificar a submissão do acusado ao júri popular. No entanto, a Sexta Turma do STJ ao julgar o REsp 2.091.647 – DF, afastou esse entendimento, ressaltando a importância da alta

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

probabilidade de envolvimento do réu no crime. Neste artigo, analisaremos a decisão da Sexta Turma do STJ, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz e os fundamentos dessa decisão que concluiu pela necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves, como, no caso a pronúncia que submete o acusado ao Tribunal do Júri.

Desenvolvimento

No caso em questão, o réu era um motorista contratado por dois homens que cometeram um homicídio. Não havia evidências de que o motorista conhecesse previamente os autores do crime ou a vítima, nem de que ele soubesse da intenção criminosa de seus passageiros. Apesar disso, ele foi denunciado e pronunciado, com base no preceito *in dubio pro societate*, que estabelece que, em caso de dúvida, deve-se decidir em favor da sociedade e submeter o réu a júri popular.

No entanto, o relator do caso no STJ, ministro Rogerio Schietti Cruz, argumentou que os requisitos para a submissão de um acusado ao tribunal do júri devem ser analisados levando em conta os standards probatórios. Ou seja, à medida que a decisão a ser tomada pelo julgador tenha consequências mais graves para o acusado, é necessário um maior grau de confirmação sobre os fatos. A pronúncia, sendo uma medida consideravelmente danosa para o acusado, exige um standard razoavelmente elevado.

Na fundamentação do julgado, abriu um capítulo com o título “**O sistema da íntima convicção e o controle das decisões do tribunal do júri**”, por onde a doutrina de Michele Taruffo que aponta três condições para que uma decisão judicial possa ser considerada justa: a) acertada verificação sobre os fatos ocorridos; b) correta aplicação do direito às premissas fáticas estabelecidas e c) respeito às garantias do devido processo legal (TARUFFO, Michele. *Idee per una Teoria della Decisione Giusta*. In: *Sui Confini: Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224-225).

Segundo Rogerio Schietti Cruz:

A acurada reconstrução histórica dos fatos não é, portanto, o único nem o mais importante escopo do processo, mas é um dos pressupostos necessários para que se possa considerar adequada a prestação jurisdicional, dentro das balizas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento.

Uma vez que a veracidade do juízo fático se faz essencial, também adquire fundamental relevância – a fim de evitar o arbítrio em um Estado Democrático de Direito – a possibilidade de exercer controle

sobre tal juízo; e a garantia da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF) assume papel central como instrumento para permitir essa fiscalização, sobretudo porque "a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito" (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: Partecipazione e processo, Coord. Ada P. Grinover et al. São Paulo: RT, 1988, p. 45).

Avoca os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho – saudoso mestre das Arcadas –, o qual ensina que a motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais "transcende o âmbito próprio do processo" (A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p. 80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a "atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional" (op. cit., p. 95).

Esclarece que a motivação das decisões jurisdicionais, a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas e se bem aplicou o direito ao caso concreto. Serve, ainda, para "atuar preventivamente sobre o raciocínio probatório: ciente que deve justificar a decisão adotada sob parâmetros válidos, o julgador é impelido a orientar a atividade valorativa por bases racionais" (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Perspectivas para uma valoração racional da prova no juízo por jurados. In: Denis Sampaio. (Org.). Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira. 1ed. Florianópolis: Ematis, 2021, v. 1, p. 319-326).

Faz uma chamada à Luigi Ferrajoli, no que se refere a garantia instrumental, garantia de segundo grau ou garantia das garantias, porquanto permite saber, pelo exame das razões indicadas na decisão, se os demais direitos e garantias do acusado (as garantias primárias) foram observados (Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492).

Explica a importância do Tribunal do Júri como instituição mais democrática do sistema de justiça, porém, que há um paradoxo aparentemente antidemocrático: formado por representantes da sociedade civil das mais diversas origens, o Tribunal do Júri – no exame fático que incumbe aos jurados – **não motiva suas decisões**. Deveras, em que pese a discussão sobre a constitucionalidade do sistema da íntima convicção no júri, à luz do art. 93, IX, da CF, segundo o qual "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*" – objeto de

candentes debates na doutrina –, fato é que na atual estrutura conferida ao júri pelo Código de Processo Penal, os jurados não motivam expressamente seu veredito.

Neste ponto, conclui que é necessário, contudo, a despeito disso, buscar conferir o máximo de racionalidade ao procedimento por meio dos mecanismos atualmente existentes, pois, **se, por um lado, a ausência de motivação dificulta o controle epistêmico das decisões do júri, por outro, não o inviabiliza por completo** (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. A Garantia da Motivação das Decisões Judiciais à Luz do Direito ao Processo Justo e da Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 349-376, 2015).

Em um segundo momento, o Schietti discute “**A falácia do *in dubio pro societate*”**, partindo do texto da Constituição Federal que determinou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os **crimes dolosos contra a vida** e os delitos a eles conexos, conferindo-lhe a soberania de seus vereditos. Entretanto, a fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF), seja para absolver, seja para condenar, **exige-se uma prévia instrução**, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, *caput* e § 1º, do CPP.

Explica que essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um **importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas** a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*).

Em seguida, avança na explicação sobre a sentença de pronúncia, afirmando que se consubstancia em um **juízo de admissibilidade** da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar “**convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação**” (art. 413, *caput*, do CPP). A leitura do referido dispositivo legal permite extrair **dois standards probatórios distintos**: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. **Ao usar a expressão “convencido da materialidade”, o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes**, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

Nesse sentido, narra que a desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina – acolhida durante tempo considerável pela

jurisprudência – defender a existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Avoca a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal sobre o *in dubio pro societate*, ao ponderar: "*Ainda que se considere os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça um estado de dúvida diante de um lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o in dubio pro reo, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro*" (ARE n. 1.067.392/AC, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 2/7/2020).

E conclui que o *in dubio pro societate* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, devendo, então se definir qual é o standard probatório exigido para submeter o acusado a julgamento pelo júri quanto à autoria e à participação, ou seja, **qual o grau necessário de confirmação da hipótese acusatória representado pela expressão "indícios suficientes de autoria ou de participação"**, contida no art. 413, caput e § 1º, do CPP.

Nesse sentido, abre o capítulo do "**Standard probatório para a decisão de pronúncia quanto à autoria e à participação**", por onde, esclarece inicialmente, que o termo "indícios", no art. 413 do CPP, não é empregado na acepção de "prova indireta", tal como definido no art. 239 do CPP, mas sim – da mesma forma que nos arts. 126 (determinação de sequestro de bens) e 312 do CPP (decretação de prisão preventiva) – como "elemento de prova de menor valor persuasivo ou **prova semiplena**, expressão herdada do velho sistema das provas legais" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexo no processo penal brasileiro). *In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Ed, 2005, p. 311).

Nesse sentido, explica que:

A lei não fala em quaisquer indícios de autoria, mas sim em "indícios **suficientes**", adjetivo que qualifica e reforça a exigência de demonstração, ainda que não cabal, da autoria ou da participação delitiva. Esse juízo de suficiência sobre o nível de exigência probatória necessário para superar a etapa de pronúncia no que se refere à autoria ou à participação, entre os autores que refutam a existência do *in dubio pro societate*, é objeto de duas correntes principais.

Explica que a primeira foi encampada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no mencionado **ARE 1.067.392/CE** e propõe que "a decisão de pronúncia requer uma **preponderância de provas**, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória".

Cita a defesa de Vinícius Vasconcellos, para quem esse *standard*, segundo o qual deve haver “**mais provas incriminatórias do que absolutórias**” [...], “diferenciaria tal etapa em relação à justa causa para recebimento da denúncia, a qual se pauta por elementos colhidos na fase investigativa com contraditório limitado”. Para o autor, exigir *standard* probatório mais rigoroso para a pronúncia seria incompatível com as limitações cognitivas da etapa de pronúncia e com a previsão constitucional da soberania dos veredictos (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Standard probatório para a decisão de pronúncia ao Tribunal do Júri e a inadmissibilidade do *in dubio pro societate*. In: Denis Andrade Sampaio Junior. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: EMais, 2021, p. 235-242).

Cita o mestre Rafael Fecury, cujo tema de sua dissertação sustenta ser aplicável, para que a pronúncia cumpra adequadamente sua importante função de filtro contra possíveis condenações injustas, um **standard de elevada probabilidade**, representado pelo que se convencionou chamar no direito norte-americano de *clear and convincing evidence*, pois “ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o standard da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, **estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável**” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 178-179).

Pondera que no recebimento da denúncia, o julgador deve verificar não somente a presença da prova da materialidade e dos indícios de autoria, mas também analisar, ainda que em cognição sumária, se as provas indicadas para colheita na instrução permitirão amparar a hipótese acusatória a ponto de ensejar a condenação. Isso porque, não raro, apesar da presença de elementos suficientes para preencher o standard de mera probabilidade da denúncia, projeta-se na instrução processual somente a repetição judicial dos atos do inquérito, a qual nem sempre bastará para superar o standard exigido para a condenação. Nessas hipóteses, o exercício de uma ação penal nitidamente fadada ao insucesso só se presta a abarrotar, ainda mais, os escaninhos do sistema de justiça criminal, além de causar indevido e alongado constrangimento ao imputado (Nesse sentido: MACHADO, Luís Henrique. A fase de recebimento da denúncia – críticas e perspectivas. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.). Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters, p. 403-421, 2021).

Explica que na pronúncia, esse juízo prognóstico sobre a etapa vindoura (julgamento em plenário e condenação) seria ainda mais importante em virtude da ausência de fundamentação da decisão dos jurados; ou seja, considerando que, na etapa

final do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o veredito é imotivado, adquire especial relevo o juízo prognóstico sobre a viabilidade da condenação. Isso esbarra, porém, em dois obstáculos impostos ao juiz togado: **a)** a impossibilidade de usurpar a competência constitucional dos jurados para o *judicium causae* e **b)** a necessidade de fundamentar de forma sucinta a decisão, sob pena de incorrer em excesso de linguagem, a teor do art. 413, § 1º, do CPP e influenciar negativamente os jurados contra o réu.

Diante desse impasse, a adoção de *standard* de **elevada probabilidade**, superior à mera preponderância de provas, mas inferior ao BARD (*beyond any reasonable doubt*) ou outro que se tenha como suficiente para a condenação final – a depender da concepção que se adote sobre o tema –, desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa.

Explica que em outras palavras, "Para a pronúncia é **necessário uma prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique, com elevada probabilidade, a autoria, embora não se trate de certeza da autoria**. Trata-se do que, na doutrina norte-americana, se identifica com o *standard* probatório da *clear and convincing evidence*" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Da impronúncia e o *ne bis in idem*. In: Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, v. 1, p. 177-181).

E conclui que, o *standard* probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, situa-se **entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade** ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – **e o da certeza** além de qualquer dúvida razoável (**BARD** ou outro *standard* que se tenha por equivalente) – necessário somente para a **condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.**

Avoca Guilherme Nucci, segundo o qual: "É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livre de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo in *dúbio pro societate*, remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 2015, p. 87).

E conclui que não pode o juiz, na pronúncia, "lavar as mãos" – tal qual Pôncio Pilatos – e invocar o "in *dúbio pro societate*" como escusa para eximir-se de sua

responsabilidade de filtrar adequadamente a causa, submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva (nesse sentido: REIS, Rodrigo Casimiro. O descabimento de pronúncia a la Pilatos e a necessidade da fixação de um standard probatório constitucional ao final da instrução preliminar do rito do júri. In: AKERMAN, William; REIS, Rodrigo Casimiro; MAIA, Maurílio. Debates Contemporâneos da Justiça Penal: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: Editora Sobre direito, 2023, p. 59-76).

O ministro ressaltou que o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, mesmo que não seja exigido um juízo de total certeza para submeter o réu ao tribunal do júri. Portanto, o juiz não pode invocar o in dubio pro societate como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa e submeter ao júri acusações não fundamentadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva.

Conclusão

A decisão da Sexta Turma do STJ de afastar o preceito in dubio pro societate na sentença de pronúncia é um importante marco no sistema de justiça criminal brasileiro. Ao exigir uma alta probabilidade de envolvimento do réu no crime, o tribunal reforça a **necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves**. Isso evita que acusações infundadas sejam levadas a júri popular, protegendo os direitos do acusado e garantindo a justiça no processo penal.

Referências

STJ. Notícia: STJ afasta preceito in dubio pro societate e cassa pronúncia de acusado de homicídio. Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11102023-Sexta-Turma-afasta-in-dubio-pro-societate-na-pronuncia-e-cassa-decisao-que-submeteu-acusado-ao-tribunal-do-juri.aspx>>. Acesso em: 17out.2023

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO PODER PÚBLICO INADIMPLENTE.

SUZANY DO AMARAL: Graduação em Direito na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão/PR - CESUL - Centro Sulamericano de Ensino Superior Vínculo de Especialização: Universidade Anhanguera-Uniderp.²

RESUMO: O presente trabalho pesquisará acerca da possibilidade de se suspender o fornecimento de energia elétrica quando se tratar de poder público inadimplente que presta serviços essenciais. Consistem nos objetivos deste trabalho pesquisar sobre a possibilidade de a empresa concessionária suspender o fornecimento de eletricidade. O tipo de pesquisa adotado neste trabalho será a doutrinária, bem como destacará a leis sobre o assunto. Os resultados alcançados implicam na impossibilidade de interromper o serviço de eletricidade, quando se tratar de poder público inadimplente que presta serviço essencial, sob pena de colocar em risco a segurança da população.

Palavras-chave: poder público, serviço público essencial, energia elétrica, empresa concessionária.

ABSTRACT: This paper will investigate the possibility of suspending the supply of electricity when it is a public power of default that provides essential services. The objectives of this work are to investigate the possibility of the concessionary company suspending the supply of electricity. The type of research adopted in this work will be the doctrine, as well as highlight the laws on the subject. The results achieved imply that it is impossible to interrupt the electricity service, when it is a public power in default, which provides essential service, otherwise the safety of the population will be jeopardized.

Keywords: public power, essential public service, electricity, utility company.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade discorrer acerca da possibilidade de ser interrompido pela empresa concessionária o fornecimento de eletricidade quando a administração pública prestadora de serviço essencial a população se tornar inadimplente.

² Pós-graduada no curso de Direito Administrativo da rede de ensino LFG/Anhanguera. Pós-graduada em Tutela Coletiva e Direitos Difusos da rede de ensino LFG/Anhanguera. Advogada. Conciliadora do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Francisco Beltrão, Estado do Paraná. E-mail: suzanyadv@gmail.com

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo observará quais são considerados serviços essenciais nos termos da Lei nº 7.783/89. O segundo capítulo abordará a possibilidade de ocorrer a suspensão do fornecimento de energia elétrica para o poder público inadimplente prestador de serviço essencial. No terceiro capítulo será destacada jurisprudência dos tribunais acerca do tema.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia doutrinária. Será levantada informação acerca do tema a partir da doutrina de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, Fernanda Marinela, José dos Santos Carvalho Filho, entre outros, bem como destacará a lei nº 8.987/95 e nº 7.783/89 e o Código de Defesa do Consumidor. O caminho metodológico utilizado proporcionará um maior entendimento acerca do problema, vez que a doutrina também destaca o entendimento dos tribunais acerca do objeto de estudo.

Por fim, o objeto deste trabalho científico voltará em investigar se a empresa concessionária poderá suspender o fornecimento de eletricidade ao poder público inadimplente prestador de serviço essencial.

1. SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Serviço público é toda atividade prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes com a finalidade de atender ao interesse público.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro a definição de serviço público é "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público". (DI PIETRO, 2017, p. 178).

Hely Lopes Meirelles possui um conceito mais restrito, tendo em vista que afasta os atos prestados pelo Poder Legislativo e Judiciário, ao considerar que serviço público é aquele prestado pela Administração Pública e também por seus delegados, respeitando as normas e controles estatais, a fim de satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da comunidade ou para atender conveniência do Estado. (MEIRELLES, 2016, p.418).

Aplica-se como princípios norteadores do serviço público as Leis de Rolland, elaborados pelo francês Louis Rolland, sendo: o princípio da continuidade, da igualdade e o da mutabilidade, dentre outros elencados pela doutrina atual.

Pelo princípio da igualdade o Estado deve tratar a todos de maneira isonômica, sendo que apenas nos casos previstos em lei este princípio terá sua aplicação atenuada.

No tocante ao princípio da mutabilidade, Marçal Justen Filho expressa que:

A mutabilidade significa a adaptação permanente e contínua das condições jurídicas e técnicas pertinentes à atividade, de modo a incorporar avanços e aperfeiçoamentos. A modificação das necessidades e o surgimento de novas soluções deve refletir-se no modo de desempenho do serviço público. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 888)

Observa-se pelo princípio da mutabilidade, também denominado de adaptabilidade que a Administração Pública deve manter-se atualizada para melhor prestação de seus serviços, tanto em âmbito tecnológico, quanto jurídico e econômico.

Em relação ao serviço público adequado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira preconiza que:

Daí que o art. 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995 considera serviço adequado aquele que satisfaz "as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". Na mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, exige que os serviços públicos sejam "adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". É a consagração, no direito positivo brasileiro, do conhecimento jurídico produzido nas últimas décadas, em âmbito nacional e internacional. (OLIVEIRA, 2013, p. 136 e 137)

Desta forma, destaca-se os serviços ou atividades que são considerados essenciais, elencados pela Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre a greve dos empregados celetistas, em seu art. 10. São estes: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de eletricidade, gás e combustíveis; assistência médica; distribuição e comercialização de medicação e alimentos; funerários; transporte coletivo; tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária. Trata-se de rol exemplificativo.

Assim, é importante mencionar que os serviços ou atividades supracitadas deverão atender a regularidade na sua prestação (princípio da continuidade do serviço público) e demais princípios acima elencados, sendo prestados de forma ininterrupta, a fim de evitar perigo iminente a subsistência, a higiene ou a segurança da população, nos termos do art. 11, em seu parágrafo único da mencionada lei.

2. DO PODER PÚBLICO INADIMPLENTE PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

O princípio da continuidade não se encontra previsto expressamente no texto constitucional trata-se, pois de princípio infraconstitucional e traduz a ideia de que a atividade prestacional pública deve ser prestada de forma contínua e ininterrupta, vez que é destinada a atender as necessidades básicas da população. Desta forma, observa-se que o referido princípio é atinente aos serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que “por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar” (MELLO, 2014, p. 70).

A continuidade propiciando os serviços públicos é assegurada por tal princípio e guarda relação com o princípio da eficiência, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Completar nº 19/98, bem como com o princípio da supremacia do interesse público.

No entanto, não se traduz em um princípio absoluto, sendo certo que, em determinados casos será admitida a paralização temporária da atividade prestacional pública.

José dos Santos Carvalho Filho destaca que “é evidente que a continuidade dos serviços públicos não pode ter caráter absoluto, embora deva constituir a regra geral. Existem certas situações específicas que excepcionam o princípio, permitindo a paralisação temporária da atividade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 56)”.

Desta forma, sendo evidente que o supracitado princípio norteia as atividades do poder público, os serviços prestados por este deverão ser contínuos, em regra, a fim de atender o bem maior, que neste caso, é o interesse público.

2.2 DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO PODER PÚBLICO INADIMPLENTE

Acerca do tema, é importante esclarecer que em um primeiro momento as jurisprudências dos tribunais rechaçavam a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica diante de qualquer situação.

Com essa perspectiva pondera Gianfrancesco Genoso:

Fundamentalmente, tal entendimento assenta-se em três premissas ou argumentos: (i) a interrupção do serviço malfez o disposto no art. 42, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; (ii) tal interrupção caracteriza exercício arbitrário das próprias razões; (iii) implica em verdadeira *justiça privada* ou autotutela, providência essa

que não encontra amparo constitucional nem legal. (GENOSO, 2011, p. 90)

No entanto, o entendimento dos tribunais evoluiu a respeito do tema, passando a admitir a interrupção do serviço de energia elétrica desde que haja prévio aviso, bem como em se tratando das dívidas atuais com o fim de medida coercitiva para satisfazer o débito.

Ademais, cumpre destacar que o art. 6º, § 3º e incisos da Lei nº 8.987/95 lista as hipóteses em que será possível a suspensão do fornecimento de eletricidade, destacando-se as seguintes: em razão de ordem técnica ou segurança das instalações e, ainda, por inadimplência do usuário.

No entanto, conforme prevê o inciso II do referido artigo, para a suspensão por inadimplemento do usuário será considerado o interesse público. Desta forma, na probabilidade de afetar o interesse da população não será realizado o corte ou a suspensão da eletricidade.

Assim, faz-se imperioso ressaltar que não será em todos os casos em que o corte ou a suspensão do fornecimento de energia elétrica não será realizado, mas sim quando não atingir necessidades inadiáveis da comunidade.

Destaca José dos Santos Carvalho Filho que:

Em outra decisão, o STJ procurou conciliar a situação de inadimplência e a natureza do devedor. Sendo inadimplente Município na obrigação do pagamento da tarifa de energia elétrica, ficou decidido que a suspensão do serviço poderá atingir certos órgãos (ginásio de esportes, piscina municipal, biblioteca, almoxarifado, paço municipal, a Câmara Municipal, Correios, velório, oficinas e depósito), mas não poderia alcançar serviços essenciais (escolas, hospitais, usinas, repartições públicas). (CARVALHO FILHO, 2017, p. 242)

Consoante se observa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, os serviços públicos considerados essenciais não serão prejudicados por corte ou suspensão de eletricidade, no entanto, aqueles que não sejam considerados essenciais, mesmo quando fornecidos pela Administração Pública, poderá haver o corte ou suspensão diante da falta de pagamento.

Neste sentido assevera Fernanda Marinela “nesse raciocínio, os nossos Tribunais impedem o corte quando a ausência do serviço causar um prejuízo irreparável, como ocorre na prestação de energia elétrica a hospitais, logradouros, repartições públicas e outros” (MARINELA, 2014, p. 555).

Desta forma, visando evitar perigo a saúde, segurança da população, em se tratando de atividade prestacional pública essencial, listadas pelo art. 10 da Lei nº 7.783/89, prestado pelo Poder Público não haverá o corte ou a suspensão diante do inadimplemento deste, considerando a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

[...] há decisões que entenderam inadmissível a suspensão do serviço, mesmo pago por tarifa, quando usuário é o Poder Público. No caso, invoca-se o argumento de que prédios públicos não podem deixar de funcionar, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 242)

Destaca-se que nestes casos, mesmo que haja o prévio aviso à Administração Pública, não haverá o corte ou a suspensão de eletricidade. Além disso, como o corte da energia elétrica em se tratando de serviço essencial não é lícito, caberá a concessionária, portanto, realizar a cobrança na via ordinária.

Por outro lado, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor traz a ideia do princípio da continuidade do serviço público “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

O referido princípio é inerente à atividade prestacional pública e dispõe o serviço público deverá ser realizado de forma ininterrupta visando o bem maior, que nesse caso é a coletividade.

Conforme Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

Em hipóteses excepcionais, a interrupção do serviço público pode ser afastada, garantindo a continuidade do atendimento de direitos fundamentais, sendo lícito mencionar dois exemplos:

a) Poder Público como usuário do serviço concedido e prestação de serviços essenciais à população: a concessionária não pode interromper a prestação do serviço público ao Poder Público inadimplente quando este último prestar serviços essenciais à coletividade (ex.: impossibilidade de interrupção do serviço de energia para hospitais públicos, postos de saúde, escolas públicas), admitindo-se, por outro lado, o corte do serviço para as unidades

estatais que não prestam serviços não essenciais (ex.: possibilidade de interrupção do serviço concedido para ginásio de esportes, piscina municipal, biblioteca pública), conforme jurisprudência do STJ.

Destarte, considerando que o princípio da continuidade não é absoluto, conclui-se que a manutenção do fornecimento de energia elétrica traduz em hipóteses excepcionais, de forma a imperar o interesse público, em se tratando de serviços essenciais. De modo a obstar perigo a saúde, subsistência e segurança da comunidade.

3. DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em se tratando de atividade prestacional pública essencial a jurisprudência possui entendimento de que não é possível a suspensão do fornecimento de eletricidade pela concessionária ao poder público inadimplente. Tal fato encontra respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, de modo que é protegido primeiramente os interesses da coletividade.

Não obstante a isso, a concessionária pública poderá se valer de ação ordinária a fim de receber pelos serviços prestados.

Abaixo destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema em análise:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.966 - GO (2015/0108916-2) RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE : CELG DISTRIBUIÇÃO S/A ADVOGADOS : THYAGO MELLO MORAES GUALBERTO - GO018771 KEREN KAJITA E OUTRO (S) - GO021001 RECORRIDO : MUNICÍPIO DE TRINDADE ADVOGADOS : LEONARDO CAETANO DA SILVA - GO029850 GUSTAVO ALVES PIRES TEIXEIRA - GO024685 DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto por CELG Distribuição S.A., com base nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (e-STJ, fl. 151): **INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. DÍVIDA PRETÉRITA. INADMISSIBILIDADE. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO. 1** - Possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica na hipótese de inadimplemento, desde que não haja prejuízo à continuidade dos serviços públicos essenciais. Tal suspensão deve se dar em função de débitos atuais, do mês em que ocorrido o inadimplemento ou dos imediatamente anteriores, não se admitindo a interrupção por dívida pretérita. Precedentes. [...] No ponto, o Tribunal de origem consignou que: Entretanto, cumpre observar que

mesmo que a interrupção no fornecimento de energia seja possível, é fato que a jurisprudência dos Tribunais vem adotando o entendimento de que, quando se trata de serviço público, prevalece o interesse social na manutenção da continuidade do serviço, não sendo possível, nestes casos, o corte. Assim, inobstante a legalidade do procedimento adotado e o cabimento do corte no fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplemento do usuário, à luz do dispositivo acima reproduzido, em particular, do inciso II, os serviços essenciais do Estado devem ser excluídos do corte de energia elétrica, em razão da relevância na sua continuidade. Não há como acolher a tese defendida, que se fundamenta na possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica em razão de inadimplência do usuário, pois pacificada neste Tribunal Superior a orientação de que "é ilegítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o Município ao pagamento do débito e em prejuízo do interesse da coletividade". Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO REGIONAL. INADIMPLÊNCIA. PRÉDIO PÚBLICO. SERVIÇO ESSENCIAL. INTERRUPTÃO. FORMA DE COMPELIR O MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DO DÉBITO. INTERESSE DE TODA A COLETIVIDADE. ILEGITIMIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. [...] (AgInt no AREsp 893.273/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/8/2016, DJe 17/8/2016) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. 1. Imperiosa a demonstração de maneira clara e expressa das questões sobre as quais o Tribunal de origem teria se mantido silente, sob pena de inadmissibilidade do apelo nobre por afronta ao art. 535, inc. II, do CPC, a teor do que dispõe a Súmula 284/STF. [...] 3. "A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade" (EResp 845.982/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/6/2009, DJe 3/8/2009). 4. Agravo regimental a que se nega

provimento. (AgRg no AREsp 543.404/RJ, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/2/2015, DJe 27/2/2015) Assim, como se verifica, o acórdão combatido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo na hipótese a Súmula 568 do STJ. Ante o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ e a Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Og Fernandes Relator

Conforme já mencionado, será viável a suspensão do fornecimento de eletricidade diante da inadimplência do ente estatal, sob a condição de que não cause danos à continuidade dos serviços públicos essenciais. A suspensão recairá sobre débitos atuais, sendo necessária a prévia notificação.

Importante destacar a decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça de Relatoria da Ministra Eliana Calmon no REsp 771.853-MT, salientado por Fernanda Marinela:

É cediço que a jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de não se admitir a suspensão do fornecimento de energia elétrica em hospitais públicos inadimplentes, em razão do interesse da coletividade. No entanto, tal orientação não prospera na hipótese de hospital particular que funciona como empresa, isto é, com objetivo de auferir lucros, embutindo, inclusive, nos preços cobrados de seus clientes, o valor dos custos da energia elétrica consumida. Nesse sentido, já decidiu o STJ que não cabe indenização quando o corte do serviço foi precedido de todas as cautelas (REsp 771.853/MT, STJ – Segunda Turma, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, julg: 02.02.2010, DJe: 10.02.2010).

Consoante se extrai do julgamento do Recurso Especial, em se tratando de hospital particular que auferir lucro haverá a interrupção do serviço de eletricidade, vez que o valor para pagamento do serviço é obtido através dos preços cobrados dos clientes. Desta forma, havendo notificação prévia e cobrança de débito atual há possibilidade de suspender o serviço.

Assim, depreende-se que à administração pública inadimplente, desde que preste serviços públicos essenciais e que a sua ausência cause prejuízo irreparável à comunidade, diante da supremacia do interesse público e do princípio da continuidade, não será suspenso o fornecimento de energia elétrica, a fim de resguardar a subsistência, higiene e segurança da população.

CONCLUSÃO

Os estudos realizados, demonstraram que em um primeiro momento, o entendimento que predominava nos tribunais era de que não poderia haver suspensão do serviço de energia elétrica em nenhuma hipótese.

No entanto, com o passar do tempo, analisou-se que a jurisprudência evoluiu passando a não admitir a interrupção do fornecimento de eletricidade em casos específicos. Em regra, havendo notificação prévia ao usuário e em se tratando de débito atual, poderá a concessionária realizar o corte do serviço.

Não obstante a isso, concluiu-se que quando se tratar de poder público inadimplente em um primeiro momento também poderá haver o corte do serviço de eletricidade.

Em que pese tal fato, observou-se que quando a administração pública inadimplente prestar serviço de natureza essencial a comunidade, sendo aquele em que sua ausência acarreta prejuízos extensos a população, não haverá a interrupção do serviço de eletricidade. Até porque, o art. 11, parágrafo único da Lei 7.783/89, dispõe que se deve obstar de perigo iminente a subsistência, a higiene ou a segurança da população. Desta forma, concluiu-se que prevalece o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da continuidade.

Contudo, em que pese não poder a concessionária pública interromper o serviço de forma a compelir o pagamento, estudou-se que esta poderá se valer das vias ordinárias para efetuar a cobrança.

Por fim, analisou-se que em relação a hospitais particulares que auferem lucro, o entendimento dos tribunais é no sentido de que a estes cabe a suspensão do fornecimento de eletricidade, tendo em vista que o valor para pagamento do serviço é obtido através dos preços cobrados dos clientes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Vade Mecum**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2184 p.

_____, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade Mecum**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2184 p.

_____, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Vade Mecum**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2184 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1266 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.

GENOSO, Gianfrancesco. **Princípio da continuidade do serviço público**. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1321 p.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014. 1224 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1150 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. 1008 p.

_____. **Princípios do Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Método, 2013. 211 p.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.531.966 GO 2015/0108916-2. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 31/05/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467848229/recurso-especial-resp-1531966-go-2015-0108916-2>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

BRUNO QUARESMA VIVAS:
Servidor Público Federal (Trf 4).
Bacharel em Direito, (UFF), pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale³.

Resumo: O presente artigo possui o objetivo de traçar linhas gerais acerca do direito à liberdade de expressão, seus limites, e como se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema, em duas oportunidades.

Palavras-chave: liberdade de expressão; Corte IDH; limites dos direitos fundamentais;

Introdução

A liberdade de expressão é um direito fundamental protegido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Corte IDH tem jurisdição sobre casos de violações de direitos humanos em países que são partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Conforme jurisprudência estabelecida em relação à liberdade de expressão, a Corte frequentemente emite decisões que afirmam a importância desse direito.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que é a entidade precursora da Corte, emitiu a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão em 2000, que estabelece diretrizes importantes para proteger e promover a liberdade de expressão na região.

A liberdade de expressão não é um direito absoluto e pode ser sujeita a restrições legais, desde que essas restrições sejam proporcionais, necessárias e estejam de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos. A CIDH e a Corte IDH desempenham um papel crítico na avaliação de casos em que a liberdade de expressão é alegadamente violada e na defesa desse direito na região das Américas.

Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No Caso Olmedo Bustos e otros vs. Chile, (mais popularmente conhecido como “A

³ Email: brunoqvivas@gmail.com

última tentação de Cristo”), a Corte Idh esteve diante do conflito de direitos fundamentais, de um lado a liberdade de expressão - representado pela indústria cinematográfica - do outro o direito á liberdade religiosa.

O Estado do Chile (país de maioria católica cristã/conservadora) censurou o filme por entender que continha cenas que violavam a honra da fé cristã.

A corte por unanimidade declarou que o Estado Chileno violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão, consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Cite-se trecho do voto do brasileiro Cançado Trindade, quando da apreciação da matéria:

Com efeito, no presente caso “A Última Tentação de Cristo”, foram introduzidos novos elementos que requerem um exame mais profundo da questão. Em seu escrito de 17.08.1999, o Estado demandado argumentou que não era possível configurar, no caso concreto, sua responsabilidade internacional por uma única sentença do Poder Judiciário, sem o cumprimento de “outros requisitos”; segundo este escrito, a juízo do Estado, não bastava que uma decisão judicial fosse considerada contrária ao Direito Internacional, pois se tornava necessário que tal decisão fosse “apoiada pelo respaldo, ou pelo menos a inatividade, dos órgãos legislativo ou executivo”. Em outras palavras, segundo o Estado, deveria haver um concurso de todos os poderes do Estado, em um mesmo sentido, para que se configurasse sua responsabilidade internacional.

Entretanto, há toda uma jurisprudência internacional secular que se orienta clara mente a contrário sensu, sustentando que a origem da responsabilidade internacional do Estado pode residir em qualquer ato ou omissão de qualquer um dos poderes ou agentes do Estado (seja do Executivo, do Legislativo, ou do Judiciário).¹⁴ Se fosse necessário buscar respaldo para a afirmação da existência de obrigações legislativas na jurisprudência internacional anterior, aí, de todo o modo, o encontraríamos, v.g., a partir do locus classicus sobre a matéria, na Sentença no caso relativo a certos Interesses Alemães na Alta Silesia Polonesa (Alemanha ver sus Polônia, 1926), e no Parecer Consultivo sobre os Colonos Alemães na Polônia (1923), ambas do antigo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI).¹⁵ Recorrer à jurisprudência internacional clássica sobre a

matéria, entretanto, não me parece estritamente necessário, tal como já indiquei em outra oportunidade:¹⁶ dada a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os pronunciamentos a respeito, por parte de vários órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos, parecem-me mais do que suficientes para afirmar a existência de obrigações legislativas - além de judiciais, à par das executivas - dos Estados Partes em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana.

O caso “A Última Tentação de Cristo”, que a Corte Interamericana acaba de decidir na presente Sentença sobre o mérito, é verdadeiramente emblemático, não apenas por constituir o primeiro caso sobre liberdade de pensamento e de expressão decidido pela Corte, em sua primeira sessão de trabalho realizada no século XXI, como também - e, sobretudo - por incidir sobre uma questão comum a tantos países latino-americanos e caribenhos, e que alcança os fundamentos do direito da responsabilidade internacional do Estado e da própria origem desta responsabilidade. À luz das reflexões desenvolvidas neste Voto Concordante, permito-me concluir, em resumo, que: - primeiro, a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos surge no momento da ocorrência de um fato - ato ou omissão - ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputável a este Estado, em violação do tratado em questão; - segundo, qualquer ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer um dos Poderes - Executivo, Legislativo ou Judiciário - ou agentes do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade internacional do Estado Parte em questão; - terceiro, a distribuição de competências entre os poderes e órgãos estatais, e o princípio da separação de poderes, apesar de que sejam da maior relevância no âmbito do Direito Constitucional, não condicionam a determinação da responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos; - quarto, qualquer regra de direito interno, independentemente de sua categoria (constitucional ou infraconstitucional), pode, por sua própria existência e aplicabilidade, comprometer per se a responsabilidade de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos; - quinto, a vigência de uma regra de direito interno, que per se cria uma situação jurídica que afeta os direitos protegidos por um tratado de direitos humanos, constitui,

no contexto de um caso concreto, uma violação continuada deste tratado; - sexto, a existência de vítimas gera a opinião decisiva para distinguir um exame in abstracto de uma regra de direito interno, de uma determinação da incompatibilidade in concreto desta regra com o tratado de direitos humanos em questão; - sétimo, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos de direito interno se reveste de natureza mais processual do que substantiva (como condição de admissibilidade de uma petição ou denúncia a ser decidida in limine litis), condicionando, assim, a implementação, mas não o surgimento da responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos; - oitavo, a regra do esgotamento dos recursos de direito interno tem conteúdo jurídico próprio, que determina seu alcance (incluindo os recursos judiciais eficazes), o qual não se estende a reformas de ordem constitucional ou legislativa; - nono, as regras substantivas - relativas aos direitos protegidos - de um tratado de direitos humanos são diretamente aplicáveis no direito interno dos Estados Partes neste tratado; - décimo, não existe obstáculo ou impossibilidade jurídica alguma a que se apliquem as regras internacionais de proteção diretamente no plano do direito interno, mas o que se requer é a vontade (animus) do poder público (sobretudo o judiciário) de aplicá-las, em meio à compreensão de que desse modo se estará dando expressão concreta a valores comuns superiores, consubstanciados na proteção eficaz dos direitos humanos; - décimo primeiro, uma vez configurada a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos, este Estado tem o dever de restabelecer a situação que garanta às vítimas o desfrute de seu direito lesado (restitutio in integrum), fazendo cessar a situação violatória de tal direito, bem como, se for o caso, reparar as consequências desta violação; - décimo segundo, as modificações no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte necessárias para sua harmonização à normativa de um tratado de direitos humanos podem constituir, no contexto de um caso concreto, uma forma de reparação não pecuniária de acordo com este tratado; e - décimo terceiro, neste início do século XXI, requer-se uma reconstrução e renovação do direito de gentes, a partir de um enfoque necessariamente antropocêntrico, e não mais estatocêntrico, como no passado, dada a identidade do objetivo último tanto do Direito Internacional como do direito público interno quanto à proteção plena dos direitos da pessoa humana.

Outro caso paradigmático analisado pela Corte foi o CASO FONTEVECCHIA E D'AMICO VS. ARGENTINA. Nessa oportunidade a Corte Idh declarou que o Estado Argentino violou o direito à liberdade de expressão, reconhecido no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos senhores Jorge Fontevecchia e Hector D'Amico, nos termos dos parágrafos 42 a 75 da presente Sentença.

Ademais, determinou que o Estado Argentino deveria deixar sem efeito a condenação civil imposta aos senhores Jorge Fontevecchia e Hector D'Amico, assim como todas suas consequências, no prazo de um ano contado a partir da notificação da própria sentença.

Tal declaração e obrigação de fazer imposta pela Corte, ocorreu porque de maneira desproporcional foi imposta multa civil (efeito resfriador da liberdade de expressão) aos profissionais da imprensa Jorge Fontevecchia e Hector D'Amico, pela publicação de dois artigos que faziam referência à existência de um filho não reconhecido de Carlos Saúl Menem, nessa época Presidente da República Argentina.

Efeito resfriador e liberdade de expressão

O “efeito resfriador” se refere a uma preocupação relacionada à liberdade de expressão. Ele ocorre quando as pessoas se sentem inibidas ou relutantes em expressar suas opiniões, informações ou críticas devido ao medo de retaliação, censura, perseguição ou outras consequências adversas. Esse efeito pode ser resultado de restrições governamentais, pressão social, ameaças, intimidação ou autocensura. A liberdade de expressão é um direito fundamental que visa garantir a livre circulação de informações e o livre debate de ideias em uma sociedade democrática. O “efeito resfriador” é preocupante porque pode minar esse direito, impedindo que as pessoas expressem suas opiniões livremente, o que é essencial para o funcionamento saudável de uma sociedade democrática.

Para proteger a liberdade de expressão e combater o “efeito resfriador”, é importante que os governos respeitem e protejam esse direito, que as leis e regulamentos sejam claros e proporcionais, e que a sociedade em geral promova um ambiente onde as pessoas se sintam seguras para expressar suas opiniões, mesmo que sejam controversas. Organizações de direitos humanos e tribunais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desempenham um papel fundamental na defesa desse direito e na garantia de que o “efeito resfriador” seja minimizado.

Conforme ensina o filósofo político Norberto Bobbio tenha argumentado que, na prática, a maioria dos direitos humanos pode entrar em conflito e, portanto, requer

ponderação em situações específicas, existem alguns direitos que são amplamente considerados como “absolutos” na comunidade internacional de direitos humanos. Dois exemplos clássicos de direitos humanos considerados absolutos são:

Proibição da Tortura: O direito de não ser submetido à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante é considerado um direito humano absoluto. Não há circunstância em que a tortura seja justificável ou permitida sob o direito internacional de direitos humanos. Esse princípio é consagrado em tratados como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas.

Proibição da Escravidão: O direito de não ser escravizado ou submetido à servidão é outro direito humano absoluto. A escravidão é proibida em todas as circunstâncias e em todos os tratados de direitos humanos importantes, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Esses direitos são considerados fundamentais e inalienáveis, e não podem ser violados sob nenhuma circunstância. A comunidade internacional leva esses direitos muito a sério e reconhece sua inviolabilidade. Portanto, eles são frequentemente referidos como “absolutos” devido à sua natureza incondicional e universalmente aceita.

Conclusão

Não se pretendeu neste artigo exaurir a temática acerca da liberdade de expressão. Por meio de conceitos, jurisprudência e fatos atuais, a ideia é fomentar o debate sobre o exercício do direito. Ainda que essencial para a democracia em razão de ser um instrumento de fruição de outros direitos verificados no ordenamento jurídico, a liberdade de expressão pode sofrer restrições à luz do caso concreto, tendo em vista não significar uma “carta branca” para o cometimento de outros crimes.

Dessa forma, são inconvenções e inconstitucionais, os ataques ao sistema eleitoral e a suprema corte, a defesa da possibilidade de existência de um partido nazista e o uso da liberdade de expressão para ataques racistas e xenofóbicos. Sendo assim, destacando-se o caráter não absoluto do direito é imperiosa a atuação do Estado para coibir crimes praticados sob a escusa ou a utilização da liberdade de expressão com um escudo inexistente.

Referências Bibliográficas

“Liberdade de Expressão: Princípios e Limites” Autor: Roberto Dias Ano de Publicação: 2018 Editora: Editora Saraiva

Curso de direito constitucional positivo. Edição: 42ª ed. Local de publicação: São Paulo.

Editora: Malheiros Editores. Ano de publicação: 2019. Autor(es): SILVA, José Afonso da.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile)

PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (graduado). Pós-Graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ. Advogado⁴

Resumo: O objetivo do presente artigo é aprofundar-se sobre o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, buscando detalhar cada fase de incorporação, seja no plano legislativo ou executivo. Além disso, serão apresentados os variados *status* que cada tratado poderá obter, conforme o respectivo processo de aprovação no parlamento, sobretudo após a reforma proveniente da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Ademais, será apresentada qual a teoria prevalecente a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Teoria do Duplo Estatuto, Teoria do Trapézio ou Teoria da Supraconstitucionalidade.

Palavras-chave: Tratados Internacionais de Direitos Humanos – Processo de Incorporação de Tratados Internacionais – Status dos Tratados – Teoria do Duplo Estatuto – Teoria do Duplo Trapézio - Teoria da Supraconstitucionalidade - Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Convenção de Nova York - Protocolo Facultativo da Convenção de Nova York - Tratado de Marraqueche - Convenção Interamericana contra o Racismo

Sumário: Introdução. 1. Processo de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 1.1. Antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004. 1.2. Após a Emenda Constitucional n.º 45/2004. 2. Hierarquia dos Tratados Internacionais. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Abstract: The objective of this article is to delve deeper into the process of incorporation of international human rights treaties into the domestic legal order, seeking to detail each phase of incorporation, whether at the legislative or executive level. In addition, the different statuses that each treaty may obtain will be presented, depending on the respective approval process in parliament, whether before or after the reform resulting from Constitutional Amendment n.º. 45/2004. Furthermore, the prevailing theory regarding the hierarchy of international human rights treaties will be presented, the Dual Status Theory, Trapezoid Theory or Supraconstitutionality Theory.

⁴ E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

Keywords: International Human Rights Treaties – Process of Incorporation of International Treaties – Status of Treaties – Dual Status Theory – Double Trapezoid Theory – Supraconstitutionality Theory – International Convention on the Rights of Persons with Disabilities – New York Convention – Optional Protocol to the Convention of New York – Marrakesh Treaty – Inter-American Convention against Racism

INTRODUÇÃO

O processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos foi fruto de intenso debate pela doutrina constitucionalista, tendo sido delineado em 04 grandes fases após a Emenda Constitucional n.º 45/2004: Assinatura, Aprovação Congressual, Ratificação e Promulgação. Durante o processo, há intensa participação do Legislativo e do Executivo na avaliação da incorporação dos tratados internacionais, sendo crucial para definição do seu *status* hierárquico na ordem jurídica interna a forma e o *quórum* pelo qual se dará sua aprovação.

Nesse contexto, o quadro foi modificado após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, tendo o Supremo Tribunal Federal – STF adotado a Teoria do Duplo Estatuto, de modo a reconhecer apenas os *status* Supralegal e Constitucional, diferentemente da Teoria do Trapézio, defendida por Flávia Piovesan, que diziam que todos seriam de natureza constitucional, independente da forma de aprovação, e a Teoria da Supraconstitucionalidade, que afirma possuírem *status* acima da própria Constituição Federal de 1988.

Recentemente, o tema voltou a ganhar destaque com a incorporação pelo Brasil, com *status* constitucional, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, por meio do Decreto n.º 10.932/2022.

Dentro dessa perspectiva, o presente artigo buscará destrinchar o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e apresentar sua hierarquia na ordem jurídico brasileira.

1. Processo de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

1.1. Antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004

Até a E.C n.º 45/2004, o procedimento de introdução era dividido em 03 fases. Na 1ª fase, o Poder Executivo (art. 84, VIII, da CRFB/1988) realizava a Etapa da Negociação, depois formalizava o objeto de consenso na Etapa da Conclusão e, por fim, ocorria a Etapa da Assinatura, a qual não gerava qualquer obrigatoriedade para o País em relação a observância do Tratado, mas sim mera expectativa de ratificação.

Posteriormente, na 2ª fase, o Poder Legislativo (art. 49, I, da CRFB/1988), iniciava a votação do Tratado por meio do processo legislativo ordinário, 01 turno em cada Casa, através de maioria simples.

Caso o Congresso Nacional não aprovasse ou não referendasse o Tratado, não seria editado qualquer ato específico, apenas era enviada mensagem ao Presidente da República comunicando-o que não foi referendado e, conseqüentemente, não poderia ser ratificado. O Presidente da República, por sua vez, comunicava no plano internacional que o respectivo tratado previamente assinado não foi ratificado pelo Brasil. Se por ventura o Congresso Nacional referendasse o tratado, era editado um Decreto Legislativo, que ainda não gerava obrigação para o País quanto a observância do Tratado.

Por fim, na 3ª fase, voltava-se ao Poder Executivo (art. 84, IV, parte final, da CRFB/1988), e o Presidente da República editava o Decreto Executivo, cabendo a ele adotar ainda 02 medidas: (a) ratificação, a qual gerava efeito no plano internacional, podendo sofrer sanções internacionais mesmo que ainda não houvesse a formalização no plano interno; (b) decreto promulgador, sendo o ato que formalmente introduzia o tratado no ordenamento jurídico, gerando efeito no plano interno.

Este Decreto possuía 03 efeitos principais: (a) promulgar o tratado; (b) dar publicidade ao tratado; (c) dar executoriedade ao tratado, viabilizando a execução do tratado no âmbito interno.

1.2. Após a Emenda Constitucional n.º 45/2004

Com a reforma do Poder Judiciário em 2004, por meio da E.C n.º 45, o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos foi alterado, de modo que passou a possuir 04 fases. A principal mudança foi a introdução do procedimento especial para votação dos tratados internacionais previsto no art. 5º, §3º, da CRFB/88. Antes de destrinchá-las, necessário pontuar que o Brasil continua a adotar a *Teoria da Junção de Vontades* ou *Teoria dos Atos Complexos*, uma vez que há a participação tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo.

A 1ª Fase, chamada de *Fase da Assinatura*, é igual a 1ª fase anterior, consistente na negociação dos termos do tratado, conclusão e assinatura do Tratado Internacional pelo Poder Executivo (art. 84, inciso VII, da CRFB/88), não gerando qualquer obrigatoriedade para o País em relação a observância do Tratado, mas apenas mera expectativa de ratificação. É representada pelo Presidente da República ou por representantes considerados capazes para assinar tratados.

Já a 2ª Fase, chamada de *Fase da Aprovação Congressual*, abrange o momento em que o Congresso Nacional aprecia o texto do tratado internacional, declarando se o aprova

ou não. Essa aprovação pode ocorrer por meio do procedimento ordinário, com quórum de maioria absoluta, ou através do procedimento especial previsto no art. 5º, §3º, da CRFB/88 (*Art. 5º, §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).*

Por sua vez, a 3ª Fase, denominada de *Fase da Ratificação*, inclui a ratificação pelo Presidente da República, momento em que o Estado Brasileiro anui em obrigar-se aos termos do tratado internacional, gerando deveres no plano exterior. Assim, com o seu desfecho, o tratado entra em vigor no plano internacional para o Estado, salvo se no próprio texto do tratado houver alguma exigência adicional ainda não concluída, como fixação de data.

Por fim, a 4ª Fase, chamada de Fase da Promulgação, compreende o Decreto Promulgador do Presidente da República, incorporando o Tratado Internacional na ordem jurídica interna, tal como o fez o Decreto n.º 10.932/2022, ao introduzir a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância no plano interno brasileiro.

2. Hierarquia dos Tratados Internacionais

2.1. Antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004

Antes da E.C n.º 45/2004, como havia apenas o procedimento ordinário de aprovação, a corrente que prevaleceu na doutrina, encabeçada pelo então Min. Gilmar Mendes, e que posteriormente foi encampada pelo STF, era que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados possuíam natureza supralegal.

“Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira — porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 — foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste Tribunal de que o art. 7º, item 7, da CADH teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status* supralegal, inferior à CF/1988, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma

vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.”[**ADI 5.240**, voto do rel. min. **Luiz Fux**, P, j. 20-8-2015, *DJE* 18 de 1º-2-2016.]

Tal conclusão baseou-se no raciocínio de que, se por um lado o procedimento é fundamental para definir o *status* hierárquico dos tratados em uma constituição rígida, e este foi aprovado de forma ordinária, por outro lado, o tratado internacional de direitos humanos possui natureza constitucional, logo, nessa matemática, os tratados não teriam *status* legal nem constitucional, mas supralegal.

Em razão disso, como salientado no julgado acima citado, sua introdução no plano interno não gera a inconstitucionalidade de leis em sentido contrário, mas paralisaria sua eficácia, com base no Controle de Convencionalidade.

2.2. Antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004

Com a introdução da E.C. n.º 45/2004, e o procedimento especial de votação, o cenário na doutrina ganhou forte divergência.

Para uma primeira corrente, sustentada por Flavia Piovesan e Valério Mazzuolli, o que define o *status* hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é a sua matéria, independente do procedimento de aprovação. Dessa maneira, todos teriam natureza constitucional, diferenciando apenas quanto à rigidez, na medida em que os aprovados por meio do procedimento especial seriam rígidos, teria maior estabilidade do que os ordinários. Essa teoria é conhecida como Teoria do Trapézio.

Por sua vez, para uma segunda corrente, de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, deveria prevalecer a Teoria da Supraconstitucionalidade, pois, ao se tratar de direitos humanos, as normas são de caráter supranacional, portanto, acima das constituições nacionais. Caso ocorra conflito entre norma constitucional nacional e norma de tratado internacional supranacional prevalecerá a Teoria da Norma Mais Protetiva. Caso seja a norma nacional, o tratado cede em favor da mesma.

Por outro lado, para a terceira corrente, sustentada por Dimitri Dimoulis, deveriam possuir *status* de lei federal. Em um sistema de constituição rígida (como o nosso), o *status* constitucional depende fundamentalmente do procedimento de introdução e não da matéria regulada, pois pensar como a 1ª corrente levaria a conclusão de que a nossa CF não seria rígida, mas sim semiflexível, uma vez que se admitiria que um tratado aprovado pelo procedimento ordinário alterar-se-ia a CF. Não foi essa a intenção do constituinte, que não quis equiparar os tratados internacionais incluindo os de direitos humanos às

normas constitucionais. Como se vê, a partir de interpretação sistemática dos arts. 105, III, "a" e 102, III, "a", ambos da CRFB/88, há a equiparação dos tratados às leis federais, pois a decisão desafia recurso especial.

Por fim, para uma quarta linha doutrinária, encabeçada por Gilmar Mendes, e ratificada pelo STF, a Teoria do Duplo Estatuto é a que prevalece, de maneira que, a forma do procedimento de aprovação faz diferença, portanto, se aprovado pelo procedimento ordinário, o *status* será supralegal, caso a aprovação seja por meio do procedimento especial, o *status* será constitucional, equiparado à emenda constitucional (art. 5º, §3º, da CRFB/88).

Sobre o tema, vale citar Pedro Lenza⁵:

" O STF decidiu a matéria em dois recursos extraordinários (RE 466.343 e RE 349.703) buscando enfrentar a constitucionalidade da prisão civil para o inadimplente em contratos de alienação fiduciária em garantia.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, acrescentou os seguintes fundamentos:

"(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de **supralegalidade** aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam **infraconstitucionais**, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana" (grifamos).

Prosseguindo, sustentou que a previsão, pelo Pacto e pela Convenção internacionais, da prisão por dívida exclusivamente para o devedor de alimentos "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela

⁵ Lenza, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pág. 480.

conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5.º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei n. 911, de 1.º de outubro de 1969”.

Concluindo, afirmou que a prisão civil do devedor-fiduciante afronta o princípio da proporcionalidade, na medida em que existem outros meios “processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional” (Inf. 449/STF).

O STF, por 5 x 4, em 03.12.2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.º, § 3.º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário”.

Dessa maneira, conclui Pedro Lenza⁶:

“Dessa maneira, deverão surgir duas espécies do gênero tratados e convenções internacionais: a) aqueles sobre direitos humanos e b) aqueles outros que não disponham sobre direitos humanos. Os primeiros se dividem em: a.1) tratados sobre direitos humanos aprovados pelo quorum e observância de turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e a.2) os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais.

(...)

⁶ Lenza, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pág. 482/483.

E qual a diferença entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados (ou confirmados) em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros e aqueles, também sobre direitos humanos, que não seguiram a aludida formalidade?

A diferença estará no procedimento da denúncia (ato de retirada do tratado). Enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de prévia autorização do Congresso Nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas Casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não dispõem sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional”.

3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos com Status Constitucional

Como vimos, adotando-se a Teoria do Duplo Estatuto defendida pelo Supremo Tribunal Federal, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, possuímos 04 tratados internacionais de direitos humanos com *status* constitucional: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York) e Protocolo Facultativo da Convenção de Nova York (Decreto n.º 6.949, de 25.08.2009), Tratado de Marraqueche (Decreto n.º 9.522, de 08.10.2018) e Convenção Interamericana contra o Racismo (Decreto n.º 10.932/2022).

Como ressalta Fernando Capez, todos esses tratados compõem o chamado Bloco de Constitucionalidade, formado pelas emendas constitucionais e os tratados de direitos humanos aprovados pelo mesmo quórum qualificado, servindo de parâmetro de constitucionalidade para os atos infralegais⁷.

Já como exemplo de Tratado Internacional com *status* supralegal, pode-se citar a Convenção de Varsóvia e Montreal, limitador da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, que possui prevalência em relação ao Código de Consumidor, conforme decidiu o STF:

“Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as

⁷ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-controle-convencionalidade>. Acesso em 06/10/2023.

Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

STF. Plenário. RE 636331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes e ARE 766618/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 25/05/2017 (repercussão geral)

CONCLUSÃO

Portanto, a partir da pesquisa, após E.C n.º 45/2004, pode-se concluir que existem dentro do gênero tratados e convenções internacionais 02 espécies: a) aqueles sobre direitos humanos e b) aqueles outros que não disponham sobre direitos humanos.

Os primeiros se dividem em: a.1) aprovados pelo quórum e observância de turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e a.2) os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais. Já os segundos possuirão *status* de lei federal.

Tal diferenciação é extremamente relevante dentro da Pirâmide de Kelsen, haja vista que o *status* hierárquico do tratado internacional é crucial quando em análise com outra norma do ordenamento jurídico, seja para declará-la inconstitucional, suspender sua eficácia ou declará-la apenas inconvenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 06/10/2023.

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NO COMBATE AO FEMINICÍDIO: ASPECTOS CULTURAIS, JURÍDICOS E A PANDEMIA DE COVID-19

BIANCA MARTIN REYNALDO:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Jales (UNIJALES)⁸

ÉRICA MOLINA RUBIM

(orientadora)

RESUMO: O feminicídio, definido como o assassinato de mulheres devido à sua condição de gênero, é um problema complexo enraizado em questões culturais, econômicas e legais. A cultura machista perpetua desigualdades de gênero, alimentando a violência. Relacionamentos abusivos frequentemente precedem o feminicídio, tornando as vítimas vulneráveis. Leis como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio são cruciais, mas sua aplicação é inconsistente, e o sistema judicial enfrenta desafios. Impunidade é uma preocupação. A prevenção envolve fortalecer redes de apoio, como abrigos e programas para agressores. Uma abordagem holística que promova igualdade de gênero e conscientização é fundamental. Durante a pandemia da Covid-19, o feminicídio foi agravado. A tipificação penal desse crime, visando proteger a dignidade da mulher, é crucial. A pandemia aumentou os casos de violência, requerendo medidas de proteção. É importante considerar não apenas o sexo biológico, mas também a identidade de gênero e uma perspectiva interseccional para abordar eficazmente esse problema.

PALAVRAS-CHAVES: Brasil. Feminicídio. Lei Maria da Penha. Pandemia. Violência de Gênero.

ABSTRACT: Femicide, defined as the murder of women due to their gender status, is a complex problem rooted in cultural, economic and legal issues. Male chauvinist culture perpetuates gender inequalities, fueling violence. Abusive relationships often precede femicide, making victims vulnerable. Laws such as the Maria from the Penha Law and the Femicide Law are crucial, but their application is inconsistent, and the judicial system faces challenges. Impunity is a concern. Prevention involves strengthening support networks, such as shelters and programs for batterers. A holistic approach that promotes gender equality and awareness is critical. During the Covid-19 pandemic, femicide was

⁸ biancareynaldo@icloud.com

worsened. The criminal classification of this crime, aiming to protect women's dignity, is crucial. The pandemic has increased cases of violence, requiring protective measures. It is important to consider not only biological sex, but also gender identity and an intersectional perspective to effectively address this issue.

KEYWORDS: Brazil. Femicide. Maria from the Penha Law. Pandemic. Gender Violence

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda os impactos jurídicos decorrentes da implementação da qualificadora do feminicídio no crime de homicídio. O foco principal é analisar os benefícios proporcionados pela Lei nº 13.104/15 e Lei nº 11.340/06, que visa proteger especificamente as mulheres da violência de gênero. A pesquisa explora os efeitos práticos da legislação, com ênfase na amplitude de sua aplicação.

O primeiro capítulo deste trabalho examina o contexto da violência de gênero no Brasil até a promulgação da Lei nº 13.104/15. A análise percorre o período em que não existiam leis específicas para abordar a violência contra mulheres de maneira direcionada, seguindo o caminho até os dias atuais, contemplando a influência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

O segundo capítulo desta pesquisa ressalta a relevância do tema do feminicídio, destacando a importância de definir e caracterizar essa figura dentro do contexto mais amplo da violência de gênero. Além disso, o capítulo traz discussões sobre a possibilidade de aplicação da referida qualificadora do delito de homicídio no âmbito da diversidade sexual, tema ainda sem posição firmada de forma pacificada pela jurisprudência.

O terceiro capítulo examina os impactos da Lei nº 13.104/15 no âmbito jurídico, demonstrando seus efeitos não apenas no campo penal, mas também em áreas como o princípio da igualdade. Além disso, a pesquisa aborda a recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.771/18, que ampliou as causas de aumento da qualificadora do feminicídio.

Apesar dos avanços conquistados pelas mulheres em diversos contextos, a violência de gênero persiste como uma grave questão. Estatísticas revelam que as mulheres continuam a serem as principais vítimas desse tipo de violência, muitas vezes resultando em perda de vidas.

O objetivo geral desta monografia é analisar sistematicamente o feminicídio, enquadrando-o como resultado da omissão da sociedade e como consequência da violência de gênero. Os objetivos específicos incluem delimitar as características do

feminicídio, discutiras alterações trazidas pela Lei nº 13.104/15 e a Lei 13.771/18, bem como destacar a importância de dar visibilidade ao feminicídio com base em estatísticas disponíveis.

A metodologia adotada baseia-se em pesquisa bibliográfica e legislativa, com a utilização do método dedutivo e qualitativa utilizando materiais como livros e artigos científicos que discutem a temática proposta. A pesquisa pretende contribuir para a compreensão mais aprofundada do feminicídio e seu contexto jurídico, destacando a necessidade contínua de combater a violência de gênero e promover a igualdade de gênero.

2.A HISTÓRIA DO FEMINICÍDIO

O assassinato de mulheres em razão do gênero, mais conhecido como feminicídio é um problema grave e recorrente no Brasil e no mundo. O feminicídio tem raízes profundas na história do país, que remontam à colonização.

Conforme Saffioti (2001, p. 129): "O termo gênero indica rejeição ao determinismo biológico suposto no uso de palavras como sexo e evidencia que os papéis desempenhados por homens e mulheres são uma construção social".

Em 1976 o conceito de feminicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel, diante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, em Bruxelas, para descrever o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres.

Com a chegada dos europeus ao Brasil, as mulheres indígenas eram repetidamente violentadas e mortas pelos invasores. Além disso, a escravidão também contribuiu para a violência contra as mulheres negras, que eram consideradas propriedade de seus donos e muitas vezes eram estupradas e assassinadas impunemente.

Ao longo do tempo, a cultura patriarcal se estabeleceu no país, o que significa que as mulheres eram vistas como inferiores aos homens e eram subordinadas a eles em todos os aspectos da vida. A violência contra as mulheres era vista como algo natural e aceitável, e as leis e instituições do país refletiam essa visão.

O assassinato de mulheres é habitual no regime patriarcal, no qual elas estão submetidas ao controle dos homens, quer sejam maridos, familiares ou desconhecidos. As causas destes crimes não se devem a condições patológicas dos ofensores, mas ao desejo de posse das mulheres, em muitas situações culpabilizadas por não

cumprirem os papéis de gênero designados pela cultura. As violências contra as mulheres compreendem um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um continuum que pode culminar com a morte por homicídio, fato que tem sido denominado de femicídio ou feminicídio. No seminário internacional realizado em 2005, Femicídio, Política e Direito, Diana Russel considerou adequada a tradução do inglês “femicide” para o espanhol “femicídio”, para evitar a feminização da palavra homicídio. Porém, autores como Marcela Lagarde diferenciam femicídio, ou assassinato de mulheres, de feminicídio, ou assassinato de mulheres pautado em gênero em contextos de negligência do Estado em relação a estas mortes, configurando crime de lesa humanidade (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p. 3078-3079).

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, que garantiu igualdade na sociedade, a cultura do feminicídio persistiu. A violência doméstica, por exemplo, continuou a ser vista como uma questão privada e muitas vezes eram tratadas com indiferença pelas autoridades.

Um dos principais fatores que contribuem para a cultura do feminicídio no Brasil é o machismo. Ele está presente em diversos aspectos da sociedade brasileira, desde a família até as instituições governamentais. A ideia de que a mulher é inferior ao homem é reforçada diariamente por meio de piadas, comportamentos violentos e opressores, além de ser reproduzida em diversas esferas sociais, incluindo a mídia e a publicidade.

A impunidade também é um fator. Muitos crimes de feminicídio não são investigados adequadamente ou não resultam em punição para o agressor, o que reforça a ideia de que a violência contra a mulher é aceitável e não tem consequências graves.

Nos últimos anos, no entanto, houve uma mobilização crescente para combater o feminicídio e a violência contra as mulheres no Brasil. Em 2015, foi promulgada a Lei do Femicídio, que aumentou a pena para o assassinato de mulheres em razão do gênero. Além disso, movimentos feministas e de mulheres têm pressionado o governo para que tome medidas efetivas para proteger as mulheres e punir os agressores.

Apesar desses avanços, a cultura do feminicídio ainda é um problema grave no Brasil. As taxas de violência contra as mulheres continuam altas, e muitos casos ainda ficam impunes. É necessário um esforço conjunto da sociedade e do governo para mudar essa realidade e garantir a segurança e a dignidade das mulheres brasileiras.

De acordo com Chimamanda Ngozi Adichie, no livro "Sejam todas feministas" (2014) "Se repetimos uma coisa várias vezes, ela se torna normal. Se vemos uma coisa com frequência, ela se torna normal." A sociedade acaba aceitando a violência contra a mulher como algo natural, devido a intensificação de casos de feminicídio.

3.FEMINICÍDIO

Diana Russell, ativista feminista e escritora, introduziu o termo "*femicide*" pela primeira vez em 1976, durante o primeiro Tribunal Internacional sobre Crimes contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, Bélgica. Este evento reuniu representantes de aproximadamente quarenta países e cerca de duas mil mulheres. O tribunal se tornou um marco importante na luta feminista, ao abordar e evidenciar os crimes cometidos contra as mulheres em várias nações.

Diana Russell definiu o "femicídio" como "o assassinato de mulheres por homens porque são mulheres". Nessa definição, ela destaca a motivação baseada no gênero, enfatizando que as mulheres são mortas não apenas por serem seres humanos, mas especificamente por serem mulheres. Essa motivação de gênero distingue o femicídio de outros tipos de homicídios.

No evento, Diana Russell (2011), também citou exemplos de casos que se enquadram no conceito de femicídio.

Incluem o apedrejamento até a morte de mulheres (que eu considero uma forma de femicídio de tortura); assassinatos de mulheres para a chamada "honra"; assassinatos de estupro; assassinatos de mulheres e meninas por maridos, namorados e namorados, por ter um caso, ser rebelde ou qualquer outro tipo de desculpa; matar a mulher por imolação por causa de muito pouco dote; mortes como resultado de mutilações genitais; escravas sexuais femininas, mulheres traficadas e mulheres prostituídas, assassinadas por seus "donos", traficantes, "johns" e proxenetas, e fêmeas mortas por desconhecidos misóginos, conhecidos e serial killers.

A introdução desse termo e a discussão sobre o femicídio durante o tribunal internacional foram cruciais para aumentar a conscientização sobre a violência de gênero e a necessidade de reconhecer e abordar a violência específica que as mulheres enfrentam simplesmente por causa de seu gênero.

Marcela Lagarde (2006) afirma que o feminicídio não é apenas uma forma de violência exercida por homens contra mulheres, mas sim por homens que ocupam posições de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política e ideológica sobre mulheres que estão em situações de desigualdade, subordinação, exploração ou opressão, frequentemente marcadas pela exclusão.

Segundo Lagarde (2006), o feminicídio não se limita a uma única categoria de perpetrador. Pode ser praticado pelo atual ou ex-parceiro da vítima, por familiares, parentes, colegas de trabalho, desconhecidos e até grupos de criminosos. Ele pode ocorrer de maneira individual ou serial, ocasional ou até mesmo como atividade profissional criminosa.

Nesse contexto, é importante notar que o silêncio, a omissão e a negligência por parte das autoridades encarregadas de prevenir e erradicar esses crimes também contribuem para o fenômeno do feminicídio.

Por sua vez, o professor Francisco Dirceu Barros (2015) também fornece uma definição para feminicídio:

O feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher.

Ambos os conceitos destacam a complexidade do feminicídio e sua relação com as desigualdades de gênero enraizadas na sociedade, além de ressaltar a importância de combater não apenas a violência em si, mas também os sistemas e atitudes que a sustentam.

3.1 Tipos de feminicídio

O conceito de feminicídio carece de uma formulação mais precisa, levando à criação de uma tipologia para classificar e identificar melhor essa forma específica de violência contra mulheres. No entanto, a pesquisa e análise dos homicídios de mulheres enfrentam obstáculos consideráveis no Brasil.

Lagarde (2006) destaca dois principais desafios. Primeiro, a falta de dados oficiais dificulta a compreensão mais precisa do número de mortes e das circunstâncias em que ocorrem. A ausência de estatísticas segregadas por sexo das vítimas e de outros dados relevantes impede a formulação de políticas eficazes de combate a essa e outras formas de violência contra mulheres.

O segundo obstáculo reside no fato de que a figura jurídica do feminicídio não existe na maioria dos ordenamentos legais. A maior parte dos países latino-americanos possui leis especiais para a violência doméstica e familiar, mas essas leis não tipificam os assassinatos de mulheres de maneira distinta. Isso resulta na classificação e processamento das mortes de mulheres de acordo com as tipificações penais existentes em cada país, dificultando a análise conjunta desses casos.

Em resposta a essa problemática, uma classificação de feminicídios foi desenvolvida, dividindo-os em três categorias: feminicídios íntimos, feminicídios não-íntimos e feminicídios por conexão.

Feminicídios íntimos: Cometidos por homens com os quais a vítima possui ou possuiu relações íntimas, familiares, de convivência ou afins. Isso abrange desde parceiros exclusivamente sexuais até maridos, companheiros ou namorados. Essa categoria frequentemente reflete a violência doméstica, que é uma das principais formas de violência contra as mulheres em todo o mundo.

Feminicídios Não-íntimos: São cometidos por homens com os quais a vítima não mantém relações íntimas, familiares ou de convivência, mas sim relações de confiança, hierarquia ou amizade, como colegas de trabalho, amigos ou empregadores. Esses feminicídios também afetam mulheres em profissões marginalizadas, como prostitutas.

Feminicídios por Conexão: Ocorrem quando uma mulher intervém para impedir o assassinato de outra mulher e, no processo, também se torna uma vítima fatal. Não é necessário que haja vínculos preexistentes entre o agressor e a vítima.

Essa tipologia, proposta por Carcedo (2010), visa abranger uma ampla gama de situações em que mulheres são mortas devido ao gênero, desvinculando a visão de que a violência contra a mulher é isolada e privada, quando, na realidade, reflete relações sociais de poder historicamente arraigadas entre os sexos. Através dessas categorias, é possível evidenciar a violência implícita no conceito de feminicídio e compreender a complexidade das formas como ela se manifesta na sociedade.

3.2 Aumento das taxas de feminicídio

O feminicídio no Brasil é considerado um crime hediondo e cada vez mais tem recebido atenção nos últimos anos. Antes da pandemia, já havia uma preocupação com os altos índices de violência contra as mulheres, e durante esse período se agravou.

Nesse tempo de restrições e confinamento da pandemia, as mulheres ficaram mais vulneráveis a situações de violência doméstica e, conseqüentemente, ao feminicídio.

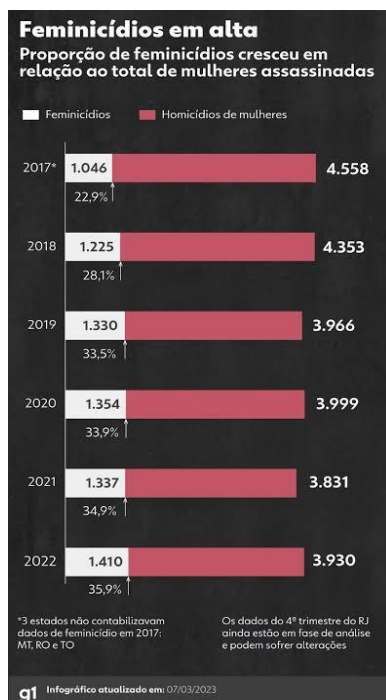
É importante lembrar que o feminicídio é um fenômeno complexo e multifacetado, influenciado por fatores sociais, culturais e estruturais.

Durante o período pandêmico as taxas de feminicídio aumentaram, devido ao convívio intenso dentro de casa, foi registrado cerca de um feminicídio a cada seis horas e meia durante o ano de 2020.

A convivência mais intensa com seus agressores, fez com que as mulheres fossem impedidas mais facilmente de ir até a delegacia denunciar ou pedir ajuda em locais públicos, tendo uma rede de apoio totalmente comprometida.

Em meio ao isolamento social, o Brasil contabilizou 1.350 casos de feminicídio em 2020 — um a cada seis horas e meia, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. O número é 0,7% maior comparado ao total de 2019. Ao mesmo tempo, o registro em delegacias de outros crimes contra as mulheres caiu no período, embora haja sinais de que a violência doméstica, na verdade, pode ter aumentado. (CNN BRASIL, 2021).

A proporção de feminicídio teve uma alta significativa em relação ao total de assassinato de mulheres nos anos pandêmicos devido a intensificação do isolamento social, conforme está mostrando no gráfico abaixo.



Conforme demonstrado é possível notar a taxa de feminicídio teve um aumento de 13% de 2017 até 2022. Esse aumento se deu devido a pandemia do Covid-19, por conta da intensificação do convívio familiar, além disso o desemprego na pandemia teve uma alta significativa o que levou ao aumento nos casos de feminicídio.

3.3 Sobrecarga emocional e estresse econômico

Na pandemia a crise econômica afetou principalmente as mulheres, que na maioria das vezes enfrentam maior dificuldade no mercado de trabalho. A perda de emprego, a redução de renda e a incerteza financeira geram uma sobrecarga emocional significativa, exacerbando os conflitos familiares e aumentando a probabilidade de violência doméstica.

A falta de acesso e serviços de apoio na pandemia também impactou os serviços essenciais, como abrigos e linhas diretas de ajuda a mulheres. As restrições devido ao isolamento social, ainda a sobrecarga no sistema de saúde, dificultaram o acesso das vítimas a esses recursos vitais, deixando em uma posição de maior vulnerabilidade.

A falta de responsabilização adequada para os agressores e a falta de investimentos em políticas eficazes de prevenção e combate à violência de gênero contribuem para esse cenário preocupante.

A pandemia impactou a saúde mental e aspectos comportamentais dos brasileiros. Um estudo realizado entre maio e junho de 2020 com homens e mulheres de várias regiões do País (26 Estados brasileiros e do Distrito Federal) mostrou que um número grande de pessoas apresentou, durante a pandemia, sintomas de depressão, ansiedade e estresse. Houve também maior consumo de drogas ilícitas, de cigarros, de medicamentos e de alimentos. As mais afetadas emocionalmente foram as mulheres, respondendo por 40,5% de sintomas de depressão, 34,9% de ansiedade e 37,3% de estresse. A pesquisa ouviu três mil voluntários e foi conduzida pela equipe do neuropsicólogo Antônio de Pádua Serafim, do Instituto de Psiquiatria (IPq) do Hospital das Clínicas (HC) da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP). (FERREIRA Ivanir, 2021, *Jornal da Usp*)

As mulheres têm uma preponderância maior de condições de risco que podem se intensificar durante a pandemia, incluindo sobrecarga ambiental crônica, evoluindo para transtornos depressivos e ansiosos, decorrentes principalmente da violência doméstica.

Além das influências das mulheres, elas também vivenciam estresses relacionados ao período pandêmico, no que diz respeito ao ciclo reprodutivo feminino, como menor acesso à contraceptivos, redução do horário de atendimentos médicos, receio de ir ao médico/hospital e cancelamento de procedimentos de pré-natal.

4.A LEI MARIA DA PENHA E A LEI DO FEMINICÍDIO

A Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio são duas importantes legislações brasileiras que têm como propósito combater a violência contra as mulheres e garantir a sua proteção.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é uma das principais leis brasileiras que aborda a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela foi publicada no dia 07 de agosto de 2006 e foi intitulada com este nome pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em homenagem a uma vítima da violência e ícone da luta contra a violência doméstica no Brasil, a biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes, uma mulher que ficou paraplégica devido à violência praticada pelo seu ex-marido.

A lei estabelece medidas de prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência, além de promover a punição dos agressores, a lei teve como embasamento o §8º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, na Convenção

Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Entre as principais medidas previstas na Lei Maria da Penha estão a criação de juizados especializados e varas especializadas de violência doméstica e familiar contra a mulher; o aumento das penas para agressores; a garantia de medidas protetivas para as vítimas, como o afastamento do agressor do lar e a proibição de contato; o atendimento humanizado às mulheres em situação de violência, entre outras.

O artigo 5º da Lei Maria da Penha, define violência doméstica e familiar:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha, como destacada por Corrêa (2010), representa um marco significativo ao transformar a abordagem legal dos casos envolvendo mulheres vítimas de violência. Anteriormente, essas situações eram tratadas pelo direito penal como crimes de menor relevância. No entanto, a Lei Maria da Penha trouxe uma mudança fundamental ao reconhecer a gravidade da violência contra a mulher e estabelecer medidas legais mais eficazes para proteger as vítimas. Isso demonstra um avanço importante na busca pela igualdade de gênero e na proteção dos direitos das mulheres.

A Lei Maria da Penha representa um marco significativo ao abordar a violência nas relações familiares e afetivas como uma questão de interesse público, rompendo com a

ideia de impunidade para os agressores. Essa legislação não apenas reconhece a gravidade da violência contra as mulheres, mas também estabelece medidas concretas para lidar com essa questão. Uma das principais contribuições da Lei Maria da Penha é a mudança de paradigma, que deixa claro que a violência doméstica não é um problema privado, mas sim uma violação dos direitos humanos que demanda intervenção e resposta do Estado.

A legislação define procedimentos específicos para autoridades policiais e estabelece Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) para lidar com tais casos. Uma norma técnica de 2010 busca padronizar o atendimento nessas delegacias, capacitando agentes e melhorando espaços para acolher vítimas, alinhando-se aos princípios da Lei Maria da Penha.

No entanto, a aplicação da Lei Maria da Penha não está isenta de controvérsias. Alguns críticos questionam sua constitucionalidade, argumentando que a lei pode levar a tratamento desigual sob a lei. No entanto, defensores da lei argumentam que a desigualdade de gênero já existe na sociedade e que a lei é uma resposta necessária para corrigir essa desigualdade sistêmica.

A Lei Maria da Penha também promoveu mudanças no sistema legal em relação a crimes de lesão corporal e estabeleceu a impossibilidade de aplicar certas medidas mais brandas aos agressores nesse contexto. Essa legislação representou uma transformação significativa na abordagem da violência doméstica e sua visibilidade, incentivando a discussão pública e a conscientização sobre essa questão.

Apesar dos avanços, ainda há desafios a serem enfrentados. A conscientização sobre os direitos garantidos pela Lei Maria da Penha é fundamental, pois muitas mulheres ainda não têm conhecimento completo dessas proteções legais. Além disso, a aplicação uniforme da lei em todo o país é um objetivo a ser perseguido, visando garantir que todas as vítimas tenham acesso igualitário à proteção e justiça.

A lei do feminicídio é uma legislação que foi criada com o objetivo de enfrentar e punir de forma mais rigorosa os crimes de homicídio que têm como motivação a condição de gênero da vítima, ou seja, quando a mulher é assassinada em decorrência do fato de ser mulher. Ela reconhece que a violência de gênero é uma questão séria e exige uma abordagem legal específica.

No Brasil, a Lei nº 13.104/2015, conhecida como "Lei do Feminicídio", alterou o Código Penal para incluir o feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio. Isso significa que quando o assassinato de uma mulher ocorre em contexto de violência doméstica ou familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou ainda em situações de violência sexual, o crime é classificado como feminicídio.

A lei do feminicídio tem como intuito destacar a gravidade desses crimes e aumentar as penalidades para os agressores. Enquanto o homicídio simples pode ter uma pena de 6 a 20 anos de prisão, o feminicídio pode resultar em uma pena mais alta, com aumento de um terço até metade, ou seja, podendo chegar a 30 anos de prisão.

A referida Lei incluiu como qualificadora do crime de homicídio a figura do feminicídio, prevista no inciso VI, do Art. 121 do Código Penal, como o homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” e, mais adiante, nos incisos I e II, do §2º-A, do Código Penal, encarregou-se em delimitar o que se consideram “razões de condição de sexo feminino” para efeito da citada Lei, quais sejam “violência doméstica e familiar; e menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 2015).

Os adeptos dessa tese questionam a possibilidade de aplicação das qualificadoras previstas nos incisos I e II, do §2º, do Art. 121 do Código Penal, nos casos dos crimes cometidos nos moldes previstos nos incisos I e II, do §2º-A, do mesmo artigo, devido às diferenças entre o caráter subjetivo das primeiras e o caráter objetivo das segundas.

O posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é refletido nos julgados obtidos através de pesquisa no banco eletrônico de jurisprudências do STJ:

Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. **Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.**

2. A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídios e completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa. 3. Habeas corpus denegado (**Habeas Corpus nº 433.898 - RS**, Rel. Ministro Nefi

Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018c)
[grifo nosso].

Essa legislação busca reconhecer e combater a violência de gênero que resulta em morte, ressaltando a importância de enfrentar as raízes culturais e sociais que alimentam esse tipo de violência. No entanto, é importante ressaltar que a eficácia da lei do feminicídio também depende da sua implementação adequada pelas autoridades policiais, promotores e juízes, além de políticas públicas que promovam a prevenção da violência de gênero e o apoio às vítimas.

Ambas as leis são fundamentais para a proteção e defesa dos direitos das mulheres, buscando combater a violência e promover a igualdade de gênero. No entanto, é importante ressaltar que ainda há muito a ser feito para efetivar essas leis e garantir a segurança e o respeito às mulheres em todas as esferas da sociedade.

4.1 Os desafios enfrentados na implementação da lei do feminicídio

A implementação da Lei do Feminicídio, embora seja um marco importante no combate à violência de gênero, tem sido marcada por diversos desafios que impactam sua efetividade e aplicação. Esses desafios abrangem áreas que vão desde a conscientização pública até a execução prática das medidas previstas na legislação.

Um dos principais desafios é a conscientização e a educação da sociedade sobre o que realmente constitui o feminicídio. Muitas vezes, a falta de entendimento sobre as nuances desse crime pode levar à subnotificação e à má interpretação dos casos, prejudicando a adequada aplicação da lei. Portanto, programas educativos e campanhas de conscientização são cruciais para difundir informações sobre o feminicídio, seus contextos e consequências.

A classificação correta dos casos como feminicídio nos registros policiais e judiciais também é uma área de desafio. Identificar a motivação de gênero por trás de um assassinato exige uma investigação minuciosa e uma abordagem sensível. No entanto, em muitos casos, a falta de capacitação adequada das autoridades policiais e investigativas pode levar à subclassificação de casos relevantes.

A cultura arraigada de machismo e discriminação de gênero é outro obstáculo significativo. Normas sociais que minimizam a violência contra as mulheres podem influenciar a maneira como os casos de feminicídio são percebidos pela sociedade e pelas próprias autoridades. Superar essas mentalidades é um desafio complexo que requer esforços contínuos de educação e mudança cultural.

Além disso, a aplicação efetiva da lei depende da capacitação dos profissionais da justiça, como juízes, promotores e advogados. Esses profissionais devem estar cientes das particularidades do feminicídio para que possam tomar decisões informadas e justas. A falta de compreensão sobre esses aspectos pode resultar em penas inadequadas ou decisões injustas.

O apoio adequado às vítimas também é uma área crítica. As mulheres que sobrevivem as tentativas de feminicídio ou que enfrentam ameaças precisam de apoio psicológico, jurídico e social para se recuperarem. No entanto, muitas vezes, os serviços de apoio são insuficientes ou inacessíveis, deixando as vítimas desamparadas.

A coleta e a análise confiáveis de dados são fundamentais para avaliar o impacto da lei desenvolver estratégias eficazes de prevenção. A subnotificação de casos e a falta de uniformidade nos registros podem prejudicar a capacidade de avaliar o verdadeiro alcance do feminicídio e a eficácia das ações implementadas.

Por fim, a alocação adequada de recursos é essencial para a implementação eficaz da lei. Isso inclui recursos financeiros para treinamento, sensibilização pública, apoio às vítimas também recursos humanos para lidar com o aumento potencial de casos que surgem com uma abordagem mais rigorosa à violência de gênero.

A implementação bem-sucedida da Lei do Feminicídio enfrenta múltiplos desafios que vão desde a educação pública até a capacitação profissional e a disponibilidade de recursos. Esses desafios demandam uma abordagem multidisciplinar, que envolva governos, instituições judiciais, organizações da sociedade civil e a sociedade em geral, para garantir que a lei cumpra seu propósito de combater efetivamente a violência de gênero e garantir justiça para as vítimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil os casos de feminicídio aumentam cada vez mais, na pandemia do Covid-19 muitas mulheres que não foram mortas pelo vírus, acabaram morrendo por agressão, as taxas aumentaram o ódio, a desconsideração e o amor das pessoas.

Vive-se em uma sociedade de pessoas frias, sem sentimentos, que tiram a vida das outras sem nem pensar duas vezes, quem diria que o ser humano que escolhem para construir uma vida, na verdade a destrói.

As mulheres são vítimas de torturas, violência física, sexual, mental entre várias outras relações relacionadas à subordinação e dominação. Os casos no período pandêmico que deveriam ter sido denunciados não foram devido ao isolamento e a

impossibilidade de sair de casa tornando as agressões algo mais agravante levando a vários casos de feminicídio pelo Brasil.

O dever do Estado é proteger mulheres que sofrem qualquer tipo de agressão dentro de casa, trazendo segurança e afastando esses agressores com medidas protetivas. Na pandemia não foi algo fácil assim pelo convívio com o agressor o tempo inteiro, e mesmo depois que foi decretado o fim da pandemia, os casos ainda continuaram.

O feminicídio é real e acontece todos os dias com alguma mulher no Brasil, não devem mais fechar os olhos e não ver o que anda acontecendo. Mulheres não devem ser mortas por serem mulheres.

Existem diversas medidas que podem ser tomadas para diminuir o feminicídio e combater a violência de gênero. Algumas delas é promover a educação e conscientização sobre igualdade de gênero, direitos das mulheres e respeito mútuo desde cedo nas escolas e na sociedade como um todo. Isso inclui abordar estereótipos de gênero, promover a empatia e o respeito entre os gêneros.

Implementar e fortalecer leis que protejam as mulheres contra a violência, incluindo leis específicas de combate ao feminicídio. Garantir que essas leis sejam aplicadas de maneira efetiva e que os agressores sejam responsabilizados.

Garantir que as mulheres tenham acesso efetivo ao sistema de justiça, incluindo apoio jurídico e recursos para denunciar casos de violência. Criar mecanismos que facilitem o acesso à justiça, como tribunais especializados e serviços de assistência jurídica gratuita.

Desenvolver programas de prevenção da violência de gênero, tanto nas escolas quanto na comunidade, abordando temas como relacionamentos saudáveis, resolução pacífica de conflitos e habilidades de comunicação. Investir em intervenções precoces, como serviços de aconselhamento e apoio a vítimas.

Promover uma cobertura responsável e sensível da mídia em relação à violência de gênero, evitando a reprodução de estereótipos prejudiciais e retratando as vítimas com respeito e empatia. Incentivar a mídia denunciar casos de feminicídio e destacar a importância de prevenir a violência contra as mulheres.

Garantir que as mulheres vítimas de violência tenham acesso a serviços de apoio adequados, como abrigos, linhas diretas de emergência, aconselhamento psicológico e assistência médica. Investir em redes de apoio que possam auxiliar as vítimas no processo de recuperação e reconstrução de suas vidas.

Envolver os homens na luta contra a violência de gênero, promovendo a igualdade de gênero e desconstruindo os padrões de masculinidade tóxica que podem levar à violência. Isso pode ser feito através de campanhas de conscientização, programas de educação e de mobilização de líderes comunitários.

É importante ressaltar que a prevenção e o combate ao feminicídio exigem uma abordagem abrangente, envolvendo não apenas o governo, mas também a sociedade como um todo. É necessário um esforço conjunto para promover uma cultura de respeito, igualdade e não violência.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda. Para educar crianças feministas: um manifesto. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. ___. **Sejamos todas feministas.**

Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13925.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Feminicídio.** 2015. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio> Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BBC BRASIL. **Femicídio: como uma cidade mexicana ajudou a batizar a violência contra mulheres.** Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da *Constituição Federal*, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 433.898 - RS** Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018c. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequecial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

CARCEDO, Ana (Org.). **No olvidamos ni aceptamos: feminicidio em Centroamérica 2000**

– 2006. San José: CEFEMINA, 2010. Disponível em:

<http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Feminicidio-en-Centro-Ame%CC%81rica.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

CNN Brasil. **Com isolamento social, Brasil registra um feminicídio a cada 6 horas e meia.** CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-isolamento-social-brasil-registra-um-feminicidio-a-cada-6-horas-e-meia/>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

CORREIA, L. R. **A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.** A Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000831473. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). **Mulheres foram mais afetadas emocionalmente pela pandemia.** Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Disponível em: <https://www.fm.usp.br/fmusp/noticias/mulheres-foram-mais-afetadas-emocionalmente-pela-pandemia>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

G1. (2023, março 8). **Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas.** G1 Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-femicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

MENEGHEL, S. N.; PORTELA, A. P. **Feminicídios: conceitos, tipos e cenários.** *Ciência & Saúde*, Porto Alegre, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017.

RUSSEL, Diana E. H. **The Origin And Importance Of The Term Femicide.** Dez. 2011. Disponível em: http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

RUSSEL, Diana. **"Feminicídio" – o poder de um nome.** Diana EH Russel, Ph. D., 05 de out.2011. Disponível em: https://www.dianarussell.com/femicide_the_power_of_a_name.html Acesso em: 16 de agosto de 2023.

SAFFIOTI, H. I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência degênero.** *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001.

O ENIGMA DA EXECUÇÃO: DECIFRA-ME OU TE DEVORO

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO

Resumo: O presente artigo faz uma incursão na fase processual mais enigmática do processo brasileiro, buscando descortinar os caminhos legais e jurisprudenciais que levam à efetividade da execução. Para isso, serão analisados tanto os mecanismos tecnológicos mais modernos, como as ferramentas digitais de investigação patrimonial, quanto a expropriação tradicional, com a penhora de máquinas, veículos e imóveis, que ainda constituem os principais mecanismos de satisfação do título executivo no âmbito trabalhista.

Palavras-chaves: Execução forçada; Penhora; caminhos processuais; entendimentos jurisprudenciais atuais; manejo da legislação.

Abstract: This article makes an incursion into the most enigmatic procedural phase of the Brazilian process, seeking to uncover the legal and jurisprudential paths that lead to the effectiveness of the execution. For this, both the most modern technological mechanisms will be analyzed, such as digital tools for heritage investigation, as well as traditional expropriation, with the attachment of machines, vehicles and real estate, which still constitute the main mechanisms of satisfaction of the enforceable title in the labor field.

keywords: Forced execution; Garnishment; procedural paths; current jurisprudential understandings; legislation management.

Sumário: Introdução. A Penhora Como Pedra de Toque da Teoria Geral da Execução. A Visão Doutrinária Sobre Técnicas Executivas. Principais Aspectos Jurisprudenciais na Execução Trabalhista. Negócios Jurídicos Atípicos nos Atos Expropriatórios. A Execução Trabalhista nas Relações Desportivas. Conclusão. Referências.

Introdução

A figura da esfinge existiu em diversos povos antigos. A esfinge no Egito era uma guardiã espiritual. Já a esfinge persa tinha significado diverso. Esfinge é um termo grego, existindo artefatos que remontam ao século VII a.C. Na mitologia grega, a esfinge trouxe destruição a Tebas, até que Édipo resolveu seu enigma. O ser mitológico então lançou-se ao precipício.

A comparação da execução com o enigma da esfinge se justifica. Afinal, apesar de receber em tempo hábil uma folha de papel com seu direito transcrito, o credor dificilmente o terá concretizado. Na Justiça do Trabalho, tradicionalmente, a ineficácia na execução é de cerca de 70%. Somados aos processos com baixa temporária ou definitiva, em decorrência da prescrição intercorrente, a execução frutífera se torna uma exceção.

Poucos processos em que há recalcitrância do executado resultam em um cumprimento forçado exitoso.

Acerca da fase de execução, os levantamentos estatísticos do CNJ (Justiça em Números 2022, pág. 216) apontam que:

“a fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Porém, esse tempo pode ser prejudicado pelas dificuldades na execução e constrição patrimonial que ocorre nessa fase. Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, aproximadamente o triplo de tempo na fase de execução (3 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 3 meses). Esse dado é coerente com o observado na taxa de congestionamento, 85% na fase de execução e 68% na fase de conhecimento. A Justiça do Trabalho e a Justiça Federal se destacam por possuir tempo médio de tramitação na fase de conhecimento inferior a um ano, sendo 9 meses entre os Tribunais Regionais do Trabalho e 10 meses entre os Regionais Federais. Na execução, ao contrário, o maior tempo médio está na Justiça Federal, 6 anos e 4 meses, seguido da Justiça Estadual: 4 anos. Os dados, assim, revelam agilidade na fase de conhecimento, mas dificuldades na fase executória”.

Não se desconhece que muitos negócios no Brasil são encerrados precocemente. Segundo os levantamentos do Ministério da Fazenda, Sebrae e IBGE, a taxa de mortalidade das empresas nos primeiros dois anos de funcionamento é de cerca de 60%. Nesse cálculo não se pode considerar apenas as baixas na SRF, já que muitas empresas encerram fisicamente suas atividades, mas demoram para regularizar sua situação nos órgãos oficiais, em parte, porque os donos têm a esperança de reativar seus negócios em um futuro próximo. Nada obstante o princípio da alteridade, previsto no art. 2º da CLT, essa conjuntura econômica impacta na execução forçada.

Mas há outras questões. Sabe-se que o Brasil possui um desenvolvimento desigual, com algumas regiões ostentando elevado PIB per capita, em comparação com outras regiões menos desenvolvidas. No entanto, mesmo em regiões mais ricas, os gargalos da execução se mantêm. Fala-se que há uma cultura do calote que vigora no país de norte a sul, que também afeta as relações de trabalho. O calote é diferente da inadimplência. Esta

advém de condições instáveis do devedor, como o infortúnio. Aquele advém da conduta voluntária de não honrar as dívidas, com a única finalidade de locupletamento.

No Brasil, a inadimplência dos consumidores é atrelada a juros altos, inflação, desemprego, falta de educação financeira e consumismo. Cerca de 70 milhões de pessoas no país estão inadimplentes. Contribui para este quadro o calote dos salários pelo empregador, que gera o infortúnio ao empregado, que por conta disso se torna inadimplente no comércio.

Sobre a cultura no Brasil de locupletamento à custa de terceiros, discorreremos no livro “Neuroimputação: a culpabilidade à luz da neurociência” (editora Dince, 2023, pp. 240):

“Sérgio Buarque de Holanda falava do homem cordial, um artifício psicológico e comportamental, que se deixava levar pelas emoções nas interações sociais. No Brasil, era comum a prática da ‘Lei de Gérson’. Gérson era um jogador da seleção brasileira, campeão do mundo em 1970. Em uma propaganda de cigarros, ele utilizou a expressão do futebol ‘levar vantagem’, que significa chegar na frente. No entanto, a expressão acabou sendo associada à malícia pela mídia da época, sendo incorporada com igual sentido pelo senso popular.”

Há um conhecido ditado popular no Brasil que diz que “o mundo é dos espertos”, que levam vantagem sobre terceiros. Os gargalos da execução estão ligados em grande medida a essa cultura, como a prática disseminada de blindagem patrimonial. Para contornar esse cenário, é necessário desvendar os enigmas que cercam a execução, sob pena de ser por ela devorado em atos infundáveis sem utilidade, levando o processo à ruína. Para isso, é preciso manejar adequadamente a legislação e os entendimentos jurisprudenciais mais recentes de forma a atingir o escopo da execução.

A Penhora Como Pedra de Toque da Teoria Geral da Execução

No âmbito de uma teoria geral, a execução se divide em duas modalidades: a execução direta por sub-rogação, que pode ser por expropriação, desapossamento ou transformação; e a execução indireta por coerção, que pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa).

A penhora é o principal instrumento da execução por sub-rogação expropriativa, que é o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente. Ela se qualifica como um ato premonitório, que afeta o bem, a fim de sujeitá-lo aos fins da execução. Visa segregar bens do devedor, não importando de imediato a perda da posse ou do domínio. Consiste em um vínculo processual que afeta os bens à execução. Qualquer ato de

disposição do bem penhorado será ineficaz ao credor, podendo ainda configurar o crime do art. 179 do CP, cuja ação penal é de natureza privada. Dentre os efeitos da penhora estão a garantia do juízo, a concentração da atividade executiva sobre o bem e o direito de preferência. A sujeitabilidade, a segregação e a afetação caracterizam o ato executivo de penhora.

A penhora está estreitamente vinculada a institutos de direito processual e material, a exemplo da responsabilidade patrimonial, patrimônio, coisa e bem. A responsabilidade patrimonial é a sujeitabilidade do patrimônio do devedor às medidas executivas, e vem prevista nos arts. 391 do CC e 789 do CPC. Pode ser primária ou secundária. Por sua vez, patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, com conteúdo econômico, vale dizer, mensuráveis em dinheiro. Já coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Por fim, bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Os bens estão previstos nos arts. 79 a 103 do CC, enquanto as coisas são tratadas nos arts. 1.196 a 1.510-E do CC.

Tendo o Código Civil encampado o conceito de bem como coisa suscetível de apropriação e com conteúdo econômico, será sobre ele que a penhora recairá. Ela terá como limite máximo tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, e como limite mínimo as custas da execução, conforme expresso, respectivamente, nos arts. 831 e 836 do CPC.

Doutrinariamente, a penhora constitui o ato pelo qual se especifica o bem que irá responder concretamente por determinada execução. Sua funcionalidade reside em determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação e fixar sua sujeição à execução (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 577; Francesco Carnelutti, *Instituições do processo civil*, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 18, item 683).

Entende-se que a penhora tem natureza instrumental, a constituir pressuposto para os ulteriores atos executivos. Dessa maneira, a penhora não se confunde com a posterior adjudicação ou alienação do bem gravado (Araken de Assis, *Manual da execução*, 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021). Destaca-se também que a penhora não se equipara ao bloqueio e às restrições preliminares viabilizadas por meio do sistema Renajud. Tampouco se confunde com o depósito do bem, o qual é ato complementar à penhora, e não necessário à sua efetivação. Nesse sentido, entende o STJ que a mera ausência de nomeação do depositário no auto ou termo de penhora, bem como a recusa do depositário/executado em assiná-lo não invalida a penhora, conforme os seguintes precedentes: REsp 399.263/RS, 3ª Turma, DJe 24/2/2003; REsp 248.864/GO, 3ª Turma, DJe

29/9/2003; e REsp 990.502/MS, 4ª Turma, DJe 19/5/2008. Trata-se de atos diversos, ainda quando realizados concomitantemente.

O ato específico de penhora acarreta efeitos nos planos processual e material. Processualmente, conduz à individualização dos bens do patrimônio do executado; à garantia do direito de preferência (art. 797, caput, CPC/15); à conservação dos bens penhorados por meio de sua entrega a depositário (art. 383, IV); ao desencadeamento de técnicas expropriatórias (art. 825); e à viabilização do efeito suspensivo à defesa do executado (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 11º. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. págs. 838-842). No plano material, a penhora serve à reorganização da posse em favor do depositário (art. 839 e 840, §2º, do CPC/15); ineficácia relativa dos atos de disposição (art. 804 do CPC/15); e perda relativa dos direitos de fruição (art.868 do CPC/15) (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021).

A Visão Doutrinária Sobre Técnicas Executivas

Muitos mecanismos despontaram nos últimos anos para atingir o objetivo de solver a dívida no âmbito trabalhista, tais como ferramentas tecnológicas e agilidades processuais. Como exemplos na doutrina, Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães (Execução Trabalhista na Prática, editora Mizuno, 2ª edição, 2022, p. 1.133) discorrem sobre a formação de um consórcio de credores para a arrematação de bens em leilão judicial. A esse respeito, o Código de Processo Civil regula o concurso singular de credores no art. 908, §2º, estabelecendo a distribuição do dinheiro entre os concorrentes conforme a ordem de anterioridade da penhora.

Por sua vez, Mauro Schiavi (Execução no Processo do Trabalho, editora Juspodivm, 15ª edição, 2023, p. 485) analisa a possibilidade de arrematação parcelada dos bens no leilão judicial. O art. 895 do CPC permite essa modalidade de arrematação, e o art. 17 do Provimento GP/CR nº 07/2021 do TRT2, por exemplo, dispõe que o lance à vista terá preferência sobre o lance parcelado.

Um caso prático pode ilustrar a agilidade que essa modalidade pode trazer à execução. O TRT-MG julgou o Agravo de Petição no processo nº 0011983-21.2015.5.03.0144 em 2018, entendendo válida a arrematação de imóvel pela metade do valor e em cinco parcelas. O imóvel foi reavaliado em R\$ 2,5 milhões, sendo arrematado por R\$ 1,2 milhão, em cinco prestações. O tribunal entendeu que os arts. 884, 887 e 895 do CPC são compatíveis com o processo do trabalho, por força do disposto no art. 2º da IN nº 39 do TST.

Segundo Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020):

“Algumas inovações têm surgido nas penhoras efetuadas na Justiça do Trabalho. Entre elas encontramos a possibilidade de penhorabilidade de recursos repassados por ente público (art. 833, IX, do CPC) e a penhora sobre empréstimo consignado (art. 833, IV, do CPC), pois se admite a possibilidade de reserva de até 30% na penhora de salário do executado, com mais razão ainda a penhora da totalidade do produto da operação de crédito, com pagamento indireto, cujas parcelas são deduzidas diretamente da folha de pagamento.

Já Maximiliano Silveira Sabóia (Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022, pág. 1.095) discorre sobre a restituição das sobras na arrematação. Acerca do assunto, o art. 907 do CPC dispõe que, pago ao exequente o principal, os juros, as custas e os honorários, a importância que sobrar será restituída ao executado. No entanto, na Justiça do Trabalho tem sido comum as sobras serem direcionadas para outras execuções em face do mesmo devedor, desde que tramitem no mesmo juízo ou foro. Neste último caso, com feitos em ofícios de justiça distintos (art. 150 do CPC) pertencentes a um mesmo foro, é comum a adoção do procedimento de reunião de execuções, enquanto outros aplicam o art. 860 do CPC, procedendo-se à penhora no rosto dos autos.

Percebe-se que a doutrina especializada tem se debruçado sobre as inúmeras alternativas para que a execução atinja seu escopo. No entanto, todas essas medidas têm mostrado pouco efeito prático, em parte pelo desconhecimento de seus meandros. No âmbito jurisprudencial não é diferente, sendo necessário conhecer as sinuosidades que cercam as principais medidas executivas no âmbito trabalhista, como a penhora de veículos, imóveis, máquinas e salários. Nessa discussão, destaca-se a relação entre CPC e CLT, STJ e TST, cautelas necessárias, boa-fé e costumes nos negócios. Senão, vejamos.

Principais Aspectos Jurisprudenciais na Execução Trabalhista.

No julgamento do Recurso de Revista nº 1000648-58.2018.5.02.0322 realizado em 2020, a 5ª turma do TST desconstituiu a constrição judicial de um automóvel, uma vez que o negócio jurídico pactuado foi realizado de boa-fé. Isso porque, quando o automóvel foi adquirido, conforme documento com reconhecimento de firma em cartório, não havia ainda direcionamento da sua execução ou registro da constrição do veículo. Segundo o acórdão, deve-se levar em consideração o costume social de aquisições de bens sem a devida cautela do adquirente, principalmente envolvendo pessoas de pouca ou nenhuma escolaridade, de quem não se pode exigir a adoção das cautelas recomendadas.

Já no julgamento do Recurso de Revista nº 184-97.2018.5.09.0567 realizado em 2022, a 2ª turma do TST afastou a penhora de um imóvel residencial de São Bernardo do

Campo-SP, decretada em ação trabalhista. Isso porque, por ocasião da assinatura do contrato de compra e venda, não havia nenhum registro da penhora na matrícula do imóvel. A escritura não foi lavrada porque a compra teria sido parcelada, e somente depois haviam quitado o saldo devedor, como é costume nas transações imobiliárias. No entanto, o TRT2 manteve a penhora, uma vez que na data do contrato de compra e venda, a ação principal já estava em curso. Segundo o regional, se os compradores tivessem tomado as cautelas necessárias, teriam ciência de que o vendedor constava no polo passivo da ação trabalhista. No julgamento do recurso de revista, o ministro Sérgio Pinto Martins destacou que o TST adotou o entendimento da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de que somente se reconhece a fraude à execução quando há registro da penhora na oportunidade da alienação do bem ou quando comprovada a má-fé do terceiro adquirente. No entanto, esses requisitos não foram observados pelo regional, que fundamentou a manutenção da penhora no fato de a ação principal já estar em tramitação.

No tocante à alegação de fraude, comum nos casos de alienação de bens, o TST entendeu no julgamento do Recurso de Revista nº 6-58.2015.5.01.0024 realizado em 2021 que, não tendo sido comprovada a má-fé do comprador nem a sua ciência de que, na época do negócio, corria ação trabalhista capaz de reduzir o devedor à insolvência, não há como presumir a fraude à execução. Segundo o acórdão, o requisito para a constatação da fraude à execução não é puramente objetivo. É necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, a existência de má-fé do terceiro adquirente. Conforme o relator, ministro Caputo Bastos, ainda que a venda do imóvel tenha ocorrido após o ajuizamento da ação, sem a comprovação de que o comprador tenha agido de má-fé ou tivesse conhecimento da ação na época da compra, não há como presumir a fraude à execução.

Outra questão de grande interesse prático diz respeito à copropriedade. O art. 843 do CPC, e seus parágrafos, estabelece a preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível – uma forma de evitar a dificuldade de alienação apenas da parte do devedor e a constituição forçada de condomínio entre o arrematante e o coproprietário ou o cônjuge. Desta forma, nas execuções judiciais, para que haja o leilão de imóvel indivisível registrado em regime de copropriedade, a penhora não pode avançar sobre a cota da parte que não é devedora no processo, cujo direito de propriedade deve ser assegurado. Estabelecida essa limitação à penhora, é permitida a alienação integral do imóvel, garantindo-se ao coproprietário não devedor as proteções previstas pelo dispositivo mencionado – como a preferência na arrematação do bem e a preservação total de seu patrimônio, caso convertido em dinheiro.

Esse entendimento foi encampado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.818.926 realizado em 2021. Segundo o acórdão, o CPC/2015 garante ao coproprietário o direito de preferência na arrematação, caso não queira perder sua propriedade mediante compensação financeira. Além disso, se não exercer essa prerrogativa, o coproprietário não

devedor conserva o seu direito à liquidação de sua cota-parte no valor da avaliação do imóvel – e não mais conforme o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no CPC/1973. O coproprietário, cônjuge ou não, deve ser oportunamente intimado da penhora e da alienação judicial, na forma dos artigos 799, 842 e 889 do CPC/2015. O ato de penhora importa individualização, apreensão e depósito dos bens do devedor; após efetivado, resulta em indisponibilidade sobre os bens afetados à execução – tratando-se, assim, de gravame imposto pela justiça com o objetivo de realizar, de forma coercitiva, o direito do credor.

Atualmente, por força do art. 843 do CPC/2015, é admitida a alienação integral do bem indivisível em qualquer hipótese de propriedade em comum, resguardando-se, ao coproprietário ou cônjuge alheio à execução, o equivalente em dinheiro da sua quota-parte no bem. Não exercendo tal direito, preserva-se hígido, ainda, o seu patrimônio, mediante a liquidação da sua quota-parte com base no valor da avaliação do imóvel (§ 2º), não mais segundo o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no regime anterior. Deveras, conforme precedente do STJ: “essa nova disposição legal amplia a proteção de coproprietários inalcançáveis pelo procedimento executivo, assegurando-lhes a manutenção integral de seu patrimônio, ainda que monetizado” (REsp 1.728.086/MS, 3ª Turma, DJe 03/09/2019).

Acerca da razão pela escolha pela alienação total do bem, conforme a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni:

“bastante reduzida seria a procura pelo bem, caso o arrematante/adjudicante só pudesse adquirir o domínio de parcela do bem, mantendo, assim, o estado de indivisão da coisa e o condomínio com terceiro não executado (o cônjuge do devedor), no mais das vezes pessoa desconhecida. Aliás, seria uma dupla perda de tempo, obrigando o credor/arrematante/adjudicante a ajuizar ação de dissolução de condomínio, justamente para se chegar naquela mesma fase processual anterior, que é a da alienação do bem em sua totalidade. Óbvio que a solução anterior era totalmente inadequada, para todos os envolvidos, inclusive com discussões sobre o uso exclusivo do bem por um em detrimento do outro. Aliás, se uma das finalidades da penhora é a alienação do bem para que o seu equivalente monetário venha a satisfazer o crédito do exequente (art. 708, I, do CPC), não havia sentido para que se impusessem óbices à efetiva transformação dos bens do devedor em dinheiro, ainda que, com isso, o cônjuge, em certas condições e preservado o direito ao recebimento de parcela de produto, fosse atingido” (Penhora e

expropriação de bem indivisível: pela evolução da jurisprudência do STJ em prol da interpretação potencializada do art. 655-b do CPC. In: O papel da jurisprudência no STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 919-934).

Por sua vez, o STJ julgou o Recurso Especial nº 2.035.515 em 2023, refutando a tese de que seria possível aplicar ao caso de alienação fiduciária, por analogia, a regra prevista no artigo 843 do Código de Processo Civil e em seus parágrafos, os quais estabelecem a preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível. Para a corte, a situação descrita no CPC não se aplica ao processo em discussão, pois a garantia fiduciária não representa nenhuma forma de copropriedade. Segundo o acórdão, no leilão realizado, o que ocorreu foi a transferência do crédito garantido e representado pela cédula de crédito bancário, inexistindo similitude que atraia a incidência da regra que garante o direito de preferência.

No tocante à penhora de máquinas e equipamentos, o art. 833, V, do CPC/2015 sucedeu o art. 649 do CPC/1973. Tradicionalmente, a jurisprudência entendia que as máquinas eram absolutamente impenhoráveis, havendo um alargamento para além das pessoas físicas, a fim de proteger o maquinário de pequenas e microempresas.

Como exemplo, o aresto oriundo do TRF3, na Apelação Cível nº 0020516-36.2016.4.03.9999/SP, que manteve a anulação de penhora de máquinas de uma microempresa de confecções de Pompeia/SP, em execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, por considerá-las essenciais à atividade da indústria. Ao julgar o recurso, a Segunda Turma do TRF3 destacou que o artigo 649, inciso VI, do Código de Processo Civil, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão e a tendência jurisprudencial é no sentido de alargar o seu alcance para as microempresas, empresas de pequeno porte e firmas individuais, desde que os bens penhorados se afigurem indispensáveis ao regular exercício de suas atividades. Conforme o acórdão, o inciso V do art. 649 do CPC/1973 originariamente orientou-se no sentido de proteger a pessoa física, enquanto profissional. O microcomputador do advogado, a plaina do marceneiro e o automóvel do taxista constituem exemplos de bens impenhoráveis. Apesar disso, a jurisprudência já estendeu essa impenhorabilidade aos bens da microempresa e da empresa de pequeno porte.

No entanto, atualmente a jurisprudência passa por uma viragem, tendo os tribunais conferido maior agilidade à execução ao interpretar o art. 833, V, do CPC, com a exclusão do termo "absolutamente" do *caput*. Como exemplo, um recente aresto lavrado pelo TRT/MG, em Agravo de Petição no processo nº 0010226-25.2018.5.03.0002. Neste caso, a parte executada aduziu que a máquina penhorada (plotter de impressão digital, marca Roland, modelo SC-500) era indispensável para o desempenho de suas atividades (comunicação visual). Segundo o acórdão, a jurisprudência anterior era no sentido de que

a norma beneficiava exclusivamente as pessoas naturais que se valiam dos bens móveis neles indicados para garantir a própria subsistência. Em razão disso, firmou-se o entendimento de que os bens da empresa estavam sujeitos à penhora sem limitações. Isso porque as sociedades empresárias exercem atividades comerciais, e não profissionais. Entretanto, no julgamento do Resp 1.114.767/SP realizado em 2016, já sob o manto do novo CPC, o STJ consolidou entendimento no sentido de que a regra de impenhorabilidade pode ser estendida aos empresários individuais e às pequenas e microempresas nas quais os sócios exercem pessoalmente as atividades inerentes ao objeto social, e desde que o bem penhorado seja imprescindível ao exercício dessas atividades. Contudo, a agravante não demonstrou, conforme lhe competia à luz das regras de distribuição do ônus probatório, que os seus sócios desempenham pessoalmente as atividades relativas ao objeto social. Assim sendo, em que pese a agravante ser qualificada como empresa de pequeno porte, bem ainda ser possível inferir que o bem penhorado seja necessário para a execução do objeto social, não há como se descuidar que os requisitos para a aplicação do entendimento consagrado pelo STJ acima referido não foram integralmente comprovados pela recorrente. É dizer, inexistindo comprovação do exercício pessoal de atividades da agravante por parte de seus sócios, incabível a incidência do art. 833, V, ao caso em espeque. Por conseguinte, conclui-se que os bens que integram o patrimônio da agravante não são abarcados pelo dispositivo legal que versa acerca da impenhorabilidade de instrumento necessário ao exercício da profissão, devendo o bem penhorado ser considerado, para fins de responsabilização patrimonial da executada, bem de capital, integrante do ativo empresarial.

De seu turno, no processo nº 0010060-28.2013.5.03.0144, julgado em 2022 pelo TRT/MG, houve a manutenção da penhora do veículo do sócio da empresa executada. Segundo o acórdão, para o reconhecimento da impenhorabilidade de bens com fundamento no art. 833, V, necessária a demonstração específica da utilidade do bem à atividade profissional do executado. Em outras palavras, se o devedor comprovar que o automóvel indicado à penhora ou já penhorado é utilizado como seu instrumento de trabalho, o juiz deverá determinar a desconstituição da penhora, a suspensão da alienação ou da adjudicação do bem. Segundo magistério de Fernando Gajardoni:

“Em medida bastante simplificadora (prevista desde a Lei n.º 11.382/2006), tratando-se de imóveis e veículos – bens que constam em registros públicos – não há a necessidade de a penhora se efetivar por meio presencial, com a presença física e efetiva constrição do bem. O mesmo se verifica, por exemplo, em relação à penhora on-line de dinheiro (vide arts. 854 e ss.). Para esses dois bens mencionados no artigo, é possível que a penhora seja realizada por

“termo nos autos”. Isso se aplica tanto a bens que estejam situados no local onde tramita o processo ou em qualquer outro local. Para isso, o exequente deverá apresentar a matrícula do imóvel ou certidão do departamento de trânsito quanto ao veículo, para que o escrivão, em cartório, elabore a penhora por simples termo nos autos. Após, o termo de penhora será enviado ao CRI ou Detran (sendo possível essa comunicação por meio eletrônico), para que sejam feitos os apontamentos devidos. Posteriormente à conclusão do termo de penhora, o exequente poderá pleitear a imissão na posse no imóvel penhorado ou, no caso de veículo, a busca e apreensão. Trata-se de medida que tem o condão de agilizar consideravelmente o tempo para a efetivação de penhora e que, infelizmente, ainda encontra resistência por parte de muitos cartórios judiciais. Contudo, nada impede que a penhora de imóveis e veículos seja realizada da forma usual, a saber, com a atuação presencial do oficial de justiça, e constrição e entrega do bem ao depositário. Porém, isso seguramente leva mais tempo, de modo que pode prejudicar a parte exequente, especialmente pensando na preferência que decorre da penhora”. (Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

Por sua vez, não se desconhece que a facilidade autorizada pela legislação pode, eventualmente, esbarrar no percalço relacionado a não localização, por período indefinido, do veículo já penhorado (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de processo civil comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm. p. 1464).

A esse respeito, no julgamento do Recurso Especial nº 2.016.739, realizado em 2023, o STJ entendeu que é possível a penhora de veículo não localizado. Segundo o acórdão, havendo provas da existência do veículo por meio de certidão acostada aos autos, é de ser reconhecida a possibilidade de sua penhora sem condicionante. A prova da existência do veículo pode ser feita por meio de certidão do órgão de trânsito ou mesmo pela juntada de cópia do CRLV do veículo, expedido em data recente. A fotografia do veículo também constitui evidência de sua existência. No entanto, nada obstante o entendimento externado pelo STJ, deve-se atentar para a advertência do Daniel Amorim Assumpção Neves. Isso porque, um veículo penhorado com muitos anos de fabricação não pode ser avaliado por tabelas de referência, como FIPE e Icarros, previstas no art. 871, IV, do CPC, necessitando de uma vistoria, indicada no art. 872 do CPC, ou mesmo uma inspeção, com uso de ultrassom e outros equipamentos. Isso é necessário para aferir possíveis imperfeições que impactam substancialmente no valor de mercado do bem, tais como parafusos diferentes sob o capô, que indicam histórico de batidas, caixa de câmbio, cabeçote do motor e desgaste dos amortecedores. Nesse sentido o precedente julgado pelo TRT2 em 2022, no

processo nº 1001826-93.2016.5.02.0263, que se baseou no Ato GP/CR nº 02/2020, para veículos com mais dez anos de fabricação.

No tocante à substituição da penhora em dinheiro por outros bens, o TST julgou o ROT nº 80273-31.2020.5.22.0000 em 2023, no sentido de sua impossibilidade, ainda que em execução provisória. Segundo o acórdão, a penhora deve obedecer à ordem de preferência prevista no artigo 835 do CPC, segundo o qual o dinheiro tem preferência sobre automóveis, não se aplicando o art. 847 do CPC. Consta dos autos que a parte executada havia indicado para execução "um caminhão, composto de cavalo e carreta, correspondendo ao valor de mercado entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais)". Sobre a mencionada ofensa ao art. 805 do CPC, a interpretação mais coerente com a sistemática estabelecida pelo legislador é aquela que trata com relatividade o princípio da execução menos gravosa ao devedor, harmonizando-o com os princípios de que a execução deva ser realizada no interesse do credor, da celeridade e da economia processual. Logo, não se pode conferir ao art. 805 do CPC, que protege o patrimônio do devedor, o poder de afastar a obediência à ordem de preferência estabelecida pelo art. 835 do mesmo diploma processual. Com efeito, inviável a substituição de penhora pretendida, pois a decisão impetrada apenas fez respeitar a ordem legal estabelecida pelo art. 835 do CPC, donde a penhora sobre dinheiro prefere à de automóveis. Sob a égide do CPC/1973, prevalecia no TST o entendimento de que, em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC (Súmula nº 417, III, do TST). Contudo, com a superveniência do CPC/2015, a gradação legal dos bens penhoráveis deve ser observada igualmente na execução provisória e na definitiva, de modo que a rejeição dos bens oferecidos à penhora não importa em ofensa a direito líquido e certo, tutelável pela via mandamental. Trata-se da inteligência da Súmula nº 417, I, do TST, já adequada ao CPC/2015.

No tocante ao bloqueio de dinheiro, em dados de 2018, a ferramenta BacenJud havia bloqueado mais de R\$ 40 bilhões, segundo o Banco Central, sendo que 58% das ordens de bloqueio advieram da Justiça do Trabalho. De lá para cá, as empresas devedoras criaram artifícios para esquivar-se do bloqueio. Em muitos casos, a empresa tenta modificar a penhora, oferecendo outros bens, com a sua individualização, conforme determina o art. 847, §2º, do CPC. Isso decorre do fato de os valores bloqueados não poderem ser usados pelas empresas durante o curso da execução, forçando-as a recorrer a instituições financeiras para ter acesso a capital de giro. De igual modo, a execução de veículos é mais efetiva quando o bem é removido a depósito público, como o pátio do DETRAN, ou é entregue ao exequente sob o encargo de fiel depositário, sem aplicação do art. 840, §2º,

do CPC. Nesses casos, o executado fica privado do bem durante o curso da execução, o que o força a pagar a dívida ou firmar um acordo com o exequente.

Sobre o tema, o TRT/MG julgou recurso no processo nº 0010060-28.2013.5.03.0144 em 2022, delimitando o alcance do art. 833, V, do CPC. No caso, o sócio de uma gráfica executada na Justiça do Trabalho se insurgiu contra a penhora de um automóvel, sob alegação de que o bem seria utilizado no exercício de sua profissão. Várias foram as tentativas de satisfação da dívida, como citação para pagamento, BacenJud, Renajud, mandados de penhora e inclusão do nome da empresa no Serasa. Todas infrutíferas. Foi deferida, então, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sendo a execução redirecionada em face do sócio. Mais uma vez, foram praticados atos executórios, sem êxito. Por fim, a penhora de um automóvel foi exitosa. No recurso, o tribunal considerou que a mera juntada de cópia da CNH era incapaz de provar a impenhorabilidade do bem, chegando à conclusão de que a penhora levada a efeito não seria prejudicial ao exercício profissional do sócio/executado. Após essa decisão, foi juntada aos autos uma petição de acordo entre as partes em março de 2023. O acordo foi homologado judicialmente, mas a penhora sobre o veículo foi mantida, até o cumprimento integral e a quitação das custas, no importe de R\$ 1.154,70.

No tocante à penhora de salários, pensões e aposentadorias, o CPC/2015 traz um limite de valor a partir de 50 salários mínimos como exceção. Já para poupanças e outras aplicações financeiras o limite para penhora é ligeiramente inferior, de 40 salários mínimos. Qualquer que seja a natureza da obrigação, admite-se a penhora do que exceder esses limites. Outra exceção diz respeito às obrigações de natureza alimentar. Em suma: em se tratando de prestação alimentícia de qualquer origem, podem-se penhorar as importâncias de salário e aposentadorias e a quantia depositada em caderneta de poupança, qualquer que seja o montante. Em se tratando de outras prestações, pode-se penhorar apenas o que sobejar aos limites indicados. Em ambas as situações, deve ser preservado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Além disso, a impenhorabilidade de bens é relativizada pelo art. 834, segundo o qual podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, como juros.

A despeito da previsão do CPC/2015, o órgão especial do STJ julgou o EREsp. Nº 1.874.222 em 2023, entendendo por relativizar a impenhorabilidade do salário para pagamento de dívida não alimentar. A corte confirmou a penhora de 30% do salário do executado – em torno de R\$ 8.500. A dívida objeto da execução tem origem em cheques que somam R\$ 110 mil.

O julgamento do órgão especial se deu no âmbito de embargos de divergência. E a divergência entre os órgãos fracionários da corte residia em definir se a impenhorabilidade, na hipótese de dívida de natureza não alimentar, estaria condicionada apenas à garantia

do mínimo necessário para a subsistência digna do devedor e de sua família ou se, além disso, deveria ser observado o limite mínimo de 50 salários mínimos recebidos pelo devedor. A corte considerou a supressão da palavra "absolutamente" no caput do artigo 833, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor. Segundo o acórdão, a fixação do limite de 50 salários mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. No âmbito da Justiça do Trabalho, a penhora sobre salários inferiores a 50 salários mínimos já era extensamente praticada, nada obstante ainda remanesça na doutrina o debate se as verbas trabalhistas se enquadram na exceção trazida pelo CPC/2015, ou se limita a verbas de natureza alimentar em sentido estrito, como pensões alimentícias. O entendimento externado pelo STJ reforça o primeiro argumento. Além disso, possibilita a extensão da penhora na Justiça do Trabalho para verbas de natureza não salarial, como multas sindicais, cuja execução costuma ser tortuosa, além de autuações da SRTE, débitos previdenciários e verbas indenizatórias, decorrentes de condenação por danos morais em acidentes de trabalho ou assédio.

No tocante a verbas de natureza indenizatória no âmbito trabalhista, André Araújo Molina vaticina em substancioso artigo na Revista do TRT/MG nº 104 de 2021 (págs. 72 e 86):

“Também para que haja dever de indenizar do empregador deverá haver dano, que pode ser conceituado como a lesão do conjunto de direitos e bens de que é titular uma pessoa, ofendendo interesses juridicamente protegidos. O ataque repercute sobre a vítima podendo atingir os seus interesses patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Na experiência nacional, as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais, inicialmente, como os danos morais. Essa experiência foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, V e X, e, mais recentemente, no art. 186 do Código Civil, onde o legislador utiliza as expressões danos materiais e danos morais como representativos dos dois grandes gêneros dos danos. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial (Súmula n. 387 do STJ), bem como o art. 223-B, introduzido na CLT pela Lei n. 13.467/2017, positivou os danos existenciais. As respostas tendentes à

generalização, do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os assaltos seriam sempre tidos como um problema de segurança pública, rompendo com a obrigação de indenizar, ou do Tribunal Superior do Trabalho ao imputar, quase sempre, ao empregador a responsabilidade civil, sem avançar sobre os dados fáticos e estatísticos da situação concreta dos assaltos naquelas atividades e circunstâncias, não são soluções seguras e cientificamente adequadas.”

Acerca da penhora do bem de família, o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 1.307.334, com repercussão geral, em 2022, por maioria de 7x4. Segundo a corrente minoritária, o bem de família do fiador de contrato de locação não residencial é impenhorável, uma vez que o direito constitucional à moradia deve prevalecer sobre os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual. Por outro lado, para a corrente vencedora, a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991) não fez distinção entre fiadores de locações residenciais e comerciais em relação à possibilidade da penhora do bem de família, não cabendo ao julgador criar distinção onde a lei não distinguiu. De outra forma, haveria violação do princípio da isonomia, pois o fiador de locação comercial manteria incólume seu bem de família, enquanto o de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado. Segundo o acórdão, o direito à moradia, inserido na Constituição Federal entre os direitos sociais, não é absoluto. Ele deve ser sopesado com a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também previsto na Constituição Federal (artigos 1º, inciso IV e 170, caput), e com a autonomia de vontade do fiador, que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato. Afinal, entre as modalidades de garantia que podem ser exigidas, como caução e seguro-fiança, a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores. Preponderou para o entendimento da corte as consequências e os aspectos práticos no mercado locatício.

A esse respeito, o TST julgou o Recurso de Revista nº 1265-18.2014.5.09.0019 em 2022, entendendo cabível a penhora de vagas de garagem. Estas só se qualificam como bem de família se estiverem matriculadas no registro imobiliário. Segundo o acórdão, não havia dúvidas de que as vagas não tinham matrícula própria e estavam vinculadas aos respectivos imóveis de propriedade das executadas. Assim, de acordo com a Súmula 449 do STJ, nessa circunstância, a vaga não constitui bem de família para efeito de penhora, e a jurisprudência do TST tem se firmado no mesmo sentido. No caso concreto, foram penhoradas quatro vagas de garagem vinculadas ao apartamento de uma das sócias, avaliadas em R\$ 300 mil, e outras quatro vagas, mais um depósito, pertencentes ao imóvel da outra sócia, avaliados em R\$ 310 mil.

Ainda sobre o tema, o TST julgou o Recurso de Revista nº 130300-69.2007.5.04.0551 em 2018, entendendo incabível a constrição de bem de família, ainda que o executado nele

não resida. Segundo o acórdão, verifica-se que a sentença de origem, proferida em sede de embargos à penhora, reconheceu que no caso não há controvérsia quanto ao fato do imóvel constricto ser o único bem de propriedade do embargante. E que não descaracteriza a impenhorabilidade do bem de família, mesmo que não seja o local de residência, condizente com a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. O fato de o executado não residir unicamente no imóvel penhorado não descaracteriza a exceção mencionada, sobretudo porque segue destinado à residência da unidade familiar, mesmo que na maior parte do tempo seja utilizado unicamente por sua filha. Ademais, encontra-se expressamente consignado no acórdão regional, no voto vencido de lavra do Exmo. Relator Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, que “no caso específico do presente processo, restou configurada a impenhorabilidade do bem de família com relação ao imóvel de matrícula 72.530, registrado no 1º Cartório de Registros de Imóveis de São Paulo/SP. A prova trazida aos autos deixa evidente que o executado arca com os custos da residência utilizada pela filha, a qual reside no local correspondente ao imóvel constricto na cidade de São Paulo, ainda que alugue imóvel na cidade de Chapecó/SC, conforme constou no auto de penhora. Nesse contexto, as premissas retratadas nos autos do processo (único imóvel de propriedade dos recorrentes), e na decisão recorrida (responsabilidade pelo pagamento de contas de telefone, gás, condomínio, luz, internet, em nome do executado), somadas ao fato, comprovado mediante a certidão do oficial de justiça, de que o imóvel é utilizado como residência pela filha dos recorrentes, são suficientes a demonstrar que o imóvel penhorado é utilizado pela unidade familiar para moradia, tratando-se, portanto, de um bem de família, impenhorável nos termos da lei”.

De outro turno, o TST julgou o Recurso de Revista nº 1850700-90.2005.5.09.0029 em 2018, entendendo por desconstituir a penhora sobre imóvel de alto valor, considerando-o um bem de família. O TRT9 manteve a penhora sobre o imóvel de matrícula nº 27.836 da 5ª CRI de Curitiba e a averbação na matrícula da reserva de R\$1.000.000,00 do produto da arrematação para a aquisição de outro imóvel pelos executados, a fim de garantir-lhes o direito à moradia. O imóvel situava-se em Curitiba, tendo área total de 5.470 metros quadrados. A residência, com 1.226 metros quadrados, tinha churrasqueira e quadra esportiva. O TST aplicou ao caso o art. 5º, caput, da Lei nº 8.009/90, o qual estabelece que “para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”. Decorre do texto da lei, para caracterização do bem de família, e consequente impenhorabilidade, a exigência de que o bem indicado à penhora seja o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A exigência contida no art. 5º, parágrafo único, da citada lei, de inscrição do imóvel no Registro de Imóveis, constitui exceção na hipótese de o casal possuir vários imóveis utilizados como residência. Segundo o acórdão, demonstrado que o imóvel penhorado

constitui-se como bem de família, nos moldes da Lei nº 8.009/90, o simples fato de ser considerado suntuoso e de elevado valor não é capaz de afastar a proteção legal da impenhorabilidade, à luz das garantias constitucionais. No caso concreto, a residência se constituía a única dos donos, e nela residiam também um filho, dois netos e quatro bisnetos.

Por outro lado, o TRT15 julgou recurso no processo nº 0001656-62.2012.5.15.0055 em 2019, desconstituindo penhora sobre bem de família. No caso, foi firmado um acordo entre as partes na ação trabalhista, estabelecendo-se o pagamento de 15 parcelas mensais de R\$ 1.100 ao exequente. Por se tratar de empresa individual, foi determinada a inclusão da proprietária no polo passivo, renovando-se a requisição de penhora de valores e outras diligências para satisfação do crédito. Em seguida, procedeu-se à penhora de três lotes de terrenos urbanos, todos registrados no Cartório de Registro de Imóveis. No auto de penhora e avaliação, constou informações do Setor de Cadastro da Prefeitura de Barra Bonita de que nos terrenos havia uma área construída de 589,76 metros quadrados, além de imagens fotográficas que ilustram a construção de uma residência de entidade familiar e o respectivo quintal. As contas de água, telefone e faturas de cartão de crédito em nome da proprietária da empresa e de seu marido foram juntadas aos autos, bem como o croqui demonstrando a unificação de três imóveis de propriedade da empresária e de seu marido. Segundo o acórdão, a certidão do imóvel data de 29 de agosto de 2012, antes do ajuizamento da ação, ocorrido em 21 de novembro de 2012, o que desconfigura a má-fé da executada, à luz do disposto no art. 5º da Lei nº 8.009/1990, que assegura a impenhorabilidade de um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A Lei 8.009/1990 também não exige a formalização no registro de imóveis da condição de bem de família para a incidência da proteção legal de impenhorabilidade. Por fim, não restou comprovada a possibilidade de desmembramento do terreno sem prejuízo da edificação.

Outro tema bastante debatido diz respeito à responsabilidade pelos impostos, taxas e multas incidentes sobre bens leiloados, em especial sobre imóveis e veículos, sejam eles terrestres, aquáticos ou aéreos. A esse respeito, o STF afetou o Recurso Extraordinário nº 1.355.870 em 2022, para definição de tese com repercussão geral. No caso paradigma, o Estado de Minas Gerais ajuizou execução fiscal contra o Banco Pan S.A., credor fiduciário, e o devedor fiduciante, solidariamente, por débitos relativos ao IPVA. A decisão de primeira instância decretou a extinção do processo em relação ao banco, por considerá-lo parte ilegítima para figurar como corresponsável pelo pagamento do tributo. Mas, ao julgar apelação, TJMG reformou a sentença sob o fundamento de que, por força de regras da Lei Estadual nº 14.937/2003, a instituição financeira credora fiduciária ou arrendadora é responsável pelo pagamento do imposto por ser proprietária dos veículos dados em garantia de financiamento.

No recurso ao STF, o banco argumentou que a lei estadual viola o conceito de propriedade e extrapola a própria hipótese de incidência do tributo, previsto no artigo 155, inciso III, da Constituição Federal. Alegou também que, de acordo com o Código Civil, o credor fiduciário passa a ser responsável pelo pagamento de tributos apenas a partir da transmissão de propriedade plena e consequente imissão na posse. No recurso afetado, o STF analisará se a Lei estadual nº 14.937/2003 obedeceu aos limites constitucionais de competência legislativa tributária, especialmente quanto à correta atribuição do fato gerador e do responsável tributário do imposto sobre a propriedade de veículo automotor. Na decisão de afetação, o ministro Luiz Fux ressaltou a relevância social e econômica da matéria em razão do modelo de alienação fiduciária, uma das principais formas de aquisição de veículos no Brasil. Segundo ele, "a temática em análise revela potencial impacto em outros casos, tendo em vista a multiplicidade de recursos sobre essa específica questão jurídica". Apesar de a discussão girar em torno da alienação fiduciária, a tese trará implicações imediatas na seara trabalhista.

O art. 130 do CTN dispõe que no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. No tocante a imóveis, sua aplicação é segura. Assim, se a casa foi arrematada em um leilão judicial, o IPTU já está incluso no preço. Ou seja, o juízo responsável pelo leilão deve direcionar parte do valor recebido para a quitação do tributo. Se os débitos fiscais forem maiores que o preço de arrematação, todo o valor será destinado para o pagamento da dívida, e o débito fiscal será tido por quitado quanto ao bem. Isso ocorre porque a aquisição de um bem por meio de leilão judicial tem natureza originária, excluindo qualquer vinculação com o proprietário anterior, uma vez que inexistente relação jurídica entre este e o arrematante. O art. 130 do CTN fala apenas em bens imóveis, não dizendo nada sobre os móveis. Mesmo que o CTN tenha sido omissivo quanto aos veículos, no STJ há farta jurisprudência no sentido de que o mesmo raciocínio aplica-se aos bens móveis. Isto é, os débitos sub-rogam-se no respectivo preço de arrematação. Aqui inclui-se, também, as multas de trânsito e seguros obrigatórios, que devem ser zerados. Em resumo, o veículo deve ser entregue apto à transferência e utilização. No entanto, quando o edital prevê a responsabilidade do arrematante pelo pagamento, não há consenso na aplicação do dispositivo do CTN.

No âmbito trabalhista, prevalecia a interpretação literal do dispositivo. A título ilustrativo, julgando um Agravo de Petição no processo nº 01737-2005-009-03-00-3 em 2007, o TRT/MG negou provimento à pretensão recursal de um arrematante que buscava a transferência do veículo arrematado para o seu nome, independente do pagamento de qualquer ônus pendente sobre o bem. Na ocasião, o tribunal entendeu que na alienação judicial de automóvel, os ônus que pesam sobre o bem passam à responsabilidade do arrematante. Segundo o acórdão, tal obrigação assume maior relevo no caso dos autos, em que consta da Certidão de Praça/Leilão observação de que as despesas e multas do

bem arrematado correrão por conta do arrematante. A decisão ressaltou que o arrematante tem pleno acesso do site do DETRAN, onde constam os débitos pendentes sobre o automóvel, e que o fato de não ter constado do edital de praça a existência de multas e outros débitos é irrelevante, já que o agravante assinou a Certidão de Praça, que continha a observação da obrigatoriedade do arrematante arcar com os ônus sobre o veículo. Assim, o agravante terá que pagar o IPVA, seguro, taxas de licenciamento e multas que incidem sobre o automóvel para que possa fazer a transferência do bem para o seu nome.

No entanto, atualmente essa interpretação jurisprudencial tem passado por uma viragem. A título ilustrativo, o TST julgou o RO nº 6626-42.2013.5.15.0000 em 2015. Neste caso, a Fazenda Pública paulista sustentava, em mandado de segurança impetrado no TRT15 a ilegalidade da decisão judicial com o argumento de que também era credora, e não poderia ser prejudicada pelo não recolhimento do tributo. Alegou ainda que o artigo 130 do CTN, segundo o qual, no caso de arrematação judicial, a sub-rogação (substituição do credor) ocorre sobre o preço, não trata de bem móvel, mas sim imóvel. Para a PGE-SP, o fato de o veículo ter sido arrematado não seria causa da exclusão do crédito tributário decorrente do IPVA, e a baixa na documentação não impediria a cobrança do imposto pelo fisco. O TST considerou correta a decisão do TRT15 que denegou o mandado de segurança. Segundo o acórdão, o comprador, ao arrematar um veículo em leilão judicial, não pode ser responsabilizado por débitos fiscais em atraso, pois o crédito da Fazenda Pública deve ser satisfeito com o valor da oferta de preço no leilão. Interpretando o artigo 130 do CTN, o TST entendeu que as regras relativas à alienação judicial de bem imóvel se aplicam, por analogia, aos bens móveis.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento externado pelo TRT-DF/TO no julgamento de recurso no processo nº 0000837-87.2015.5.10.0111 realizado em 2019, segundo o qual o artigo 130 do CTN, que prevê que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, poderia ser aplicado a situações que envolvam veículo automotor. No caso dos autos, houve a arrematação de uma Toyota Hilux SW4, ano/modelo 2008/2008, avaliada em 76.900,00. Referido veículo ainda garantia outras execuções que tramitavam no mesmo juízo (a decisão elencou ao menos seis processos), cuja soma ultrapassa o valor da avaliação. Após o parecer do MPT, o TRT10 destacou ainda que o art. 186 do CTN e a LRF reforçam que o crédito trabalhista tem preferência ao fiscal.

Quanto aos débitos tributários lançados após a arrematação e antes da expedição da respectiva carta, a 2ª turma do STJ julgou o AgInt no REsp nº 1.921.489-RJ em 2023, decidindo a favor do fisco. Interpretando o art. 130 do CTN, o STJ entendeu que não há afastamento da responsabilidade do arrematante quanto aos débitos de IPTU posteriores

à arrematação, ainda que postergada a respectiva imissão na posse. Logo, ainda que haja demora na expedição de carta de arrematação para averbação no Registro Geral de Imóvel – RGI, quando ocorrer a sua formalização ela será considerada perfeita e os débitos fiscais deverão ser suportados pelo próprio arrematante. Em termos práticos, a decisão abre precedentes para que em casos semelhantes seja atribuída a mesma interpretação, de modo que o adquirente passe a responder pelo débito após a aquisição.

Há precedentes do STJ entendendo que, quando há previsão no edital de hasta pública, a responsabilidade pelo adimplemento dos débitos tributários que recaiam sobre o bem imóvel é do arrematante. No entanto, diante da divergência, o STJ afetou em 2022 o Recurso Especial nº 1.914.902 para definir se o arrematante de imóvel em leilão público é responsável pelos débitos tributários anteriores, em consequência de previsão no edital. No referido recurso discute-se a preclusão do direito de o Município de São Paulo exigir da arrematante créditos tributários de IPTU anteriores à arrematação, em razão da inércia daquele Município em apresentar eventuais valores devidos e requerer o levantamento a partir do produto da arrematação, apesar de devidamente intimado o ente público, no processo executivo em que se dera a arrematação. Segundo constou na decisão de afetação, no acórdão dos EDcl na ProAfR no REsp nº 1.914.902, tais questões de mérito, tidas como questões prejudiciais pela embargante, serão analisadas, oportunamente, por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Especial afetado, sem prejuízo da tese a ser firmada. Após juntada do parecer do MPF, o recurso encontra-se atualmente concluso à relatora para julgamento. A exemplo do entendimento que emanará do STF, aqui também haverá implicações na execução trabalhista.

A penhora internacional também começa a ganhar corpo. Como exemplo, cite-se a penhora de ativos financeiros localizados nos Estados Unidos determinada pelo TJPR, por meio de cooperação jurídica internacional, para cobrança de uma dívida de R\$ 100 milhões no Brasil. O tribunal determinou a penhora de quatro imóveis do executado localizados em Manhattan, em Nova Iorque.

Em 2023, o TRT/SC decidiu em recurso no processo nº 0001197-95.2015.5.12.0004 pela possibilidade de utilização do sistema Sniper na execução trabalhista. Segundo o acórdão, o objetivo do sistema é identificar possíveis vínculos patrimoniais, societários e financeiros entre pessoas físicas e jurídicas para a satisfação do montante executório, não havendo qualquer exigência para a utilização do convênio.

O Sniper foi inicialmente arquitetado para a investigação patrimonial vinculada à lavagem de dinheiro. No entanto, seu uso tem sido estendido paulatinamente para execuções patrimoniais. Trata-se de uma ferramenta digital que se soma a dezenas de outras ferramentas de pesquisa patrimonial, mas com maior potencial de êxito, por

contornar alguns métodos de blindagem patrimonial corriqueiramente utilizados pelos devedores. O sistema foi desenvolvido no âmbito do programa Justiça 4.0 do CNJ, com apoio operacional das Nações Unidas (Pnud), CJF, CSJT, TSE e STJ, visando diminuir o acervo de execuções pendentes, de cerca de 40 milhões de processos. O sistema integra dados da Receita Federal, TSE, CGU, Tribunal Marítimo, CNJ, Infojud e Sisbajud, já estando integrado à Plataforma Digital do Poder Judiciário.

Esse laboratório judicial também trabalha na elaboração de sistemas de leilões, além do bloqueio de criptoativos, com acesso ao blockchain, e de *financial technology* (fintechs). Soma-se ao Superbid market-place, que facilita o leilão de bens penhorados e apreendidos. No entanto, para sobrepujar as modernas blindagens patrimoniais, é necessário fazer uso de recursos tecnológicos cada vez mais avançados, que impactam no direito constitucional ao sigilo. Acerca do assunto, apontamos em artigo sobre tema correlato:

“A criptografia quântica ameaça a criptografia pública – ou algoritmos assimétricos – usados para assinaturas digitais e troca de chaves. Já existem algoritmos quânticos, como o famoso algoritmo Shor, que pode quebrar os algoritmos RSA e Elliptic Curve, assim que um computador quântico estiver disponível. As grandes empresas de tecnologia anunciaram computadores com supremacia quântica para os próximos anos. O Eagle de 127 qubits ainda não representa uma revolução na área. A vantagem comercial quântica, o ponto em que um computador quântico pode resolver problemas genuinamente úteis significativamente mais rápido do que os computadores clássicos, é esperado para essa década. (<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58134/o-sigilo-absoluto-nas-mídias-digitais>)”.

Outro tema de interesse diz respeito à possibilidade de penhora de animais domésticos. Afinal, algumas raças de cães e gatos podem chegar a valer até R\$10 mil no mercado de pets, o suficiente para cobrir grande parte das execuções trabalhistas. Como regra, o art. 835, VII, do CPC dispõe ser possível a penhora de semoventes. Além disso, o art. 82 do Código Civil classifica os animais como bens móveis. Tradicionalmente, a doutrina trata os animais como coisas, assim como as máquinas, mas com a proibição de maus-tratos, conforme o art. 225 da CF, art. 2^a, §3^o, do Decreto nº 24.645/34, Lei nº 5.197/67 (Código de Caça) e art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, alterado pela Lei 14.064/2020. Nessa lógica, a penhora poderia recair nos animais domésticos, desde que o devedor possua mais de um, a exemplo do que ocorre com a penhora de televisores.

No entanto, há uma corrente doutrinária que sustenta que os animais passaram a ser sujeitos de direitos, e não apenas objetos de direitos. No âmbito jurisprudencial, o STJ

enfrentou o tema no julgamento do REsp. nº 1.944.228. Segundo o entendimento do ministro Ricardo Villas Boas Cueva, o tratamento jurídico a ser conferido aos animais evoluiu, notadamente para os animais de estimação, não podendo mais serem considerados como simples coisas. No entanto, prevaleceu no julgamento o tratamento do caso à luz do direito de propriedade.

De seu turno, o TJSP declarou em 2022 a inconstitucional a Lei Municipal nº 6.278/2022, de Catanduva, que dava desconto de IPTU para moradores que adotarem cães e gatos, na ADI 2154891-76.2022.8.26.0000. No entanto, o cerne do debate centrou-se na afronta ao art. 113 do ADCT da CF/88, que exige estimativa de impacto orçamentário e financeiro de medidas de renúncia fiscal. No Congresso Nacional tramitam projetos de criação da figura da família multiespécie, composta de cães e gatos, além do PL 53/2019, que busca proibir a penhora de animais domésticos.

Afora as medidas patrimoniais examinadas acima, a jurisprudência tem se debruçado sobre as medidas atípicas, como o bloqueio de cartões de crédito e a retenção de passaporte e CNH, inclusive a digital. A esse respeito, o STF recentemente autorizou o uso de tais medidas no julgamento da ADI 5.941. A ação foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, alegando abstratamente que as medidas restringem direitos constitucionais. No entanto, o tribunal entendeu que as medidas são constitucionais, desde que concretamente respeitem os arts. 1º, 8º e 805 do CPC e os direitos fundamentais da pessoa humana. O ministro Edson Fachin foi o único vencido, mas ainda assim entendeu pela aplicação das medidas atípicas em dívidas alimentares.

A doutrina indica que essas medidas não podem estar dissociadas do perfil essencialmente patrimonial da execução, disposto no art. 789 do CPC. Desta forma, se o devedor tem uma promessa de emprego no exterior, o passaporte lhe será fundamental. De igual modo, se o devedor atua como motorista de aplicativo, a liberação da CNH será imprescindível. Nos dois casos, deve haver o comprometimento do devedor com a dívida, sob pena de nova retenção de seus documentos.

A título ilustrativo, em 2023, a 13ª Vara Cível de São Paulo determinou o bloqueio de CNH, passaporte e cartões de crédito do devedor. O juízo fundamentou a decisão nos entendimentos recentes do STF e STJ sobre o tema, entendendo que se o devedor tem condições de viajar ao exterior a lazer, deve antes quitar total ou parcialmente o débito, a indicar lealdade processual. Nesta questão também impacta a publicidade da vida privada nas mídias digitais.

Por sua vez, a SDI-2 do TST limitou a apreensão de CNH e o bloqueio de cartões de crédito no julgamento do Recurso Ordinário no processo nº 1087-82.2021.5.09.0000, realizado em 2023. Segundo o acórdão, a utilização das referidas medidas pelo magistrado

deve assumir caráter excepcional ou subsidiário, apenas sendo lícita quando as vias típicas não viabilizarem a satisfação da coisa julgada. No caso concreto, a ordem de bloqueio dos cartões de crédito foi emanada na mesma decisão em que instaurada a fase de cumprimento de sentença, sem nem sequer antes se tentar as medidas executivas tradicionais. Portanto, não observada, pela autoridade judicial, a indispensável adequação e a proporcionalidade na adoção da medida executiva atípica, que não deve ser empregada como mera punição dos devedores, desafia direito líquido e certo do impetrante a determinação de bloqueio de uso de cartões de crédito, ensejando a concessão integral da segurança.

As medidas atípicas se aproximam da doutrina estrangeira do *contempt of court*. Historicamente, no período anterior à Lei das XII Tábuas (450 a.C.), o inadimplemento era uma espécie de delito, autorizando o credor a fazer justiça pelas próprias mãos. No direito romano antigo, aplicava-se a pena *Secare Partis*, quando o devedor era espartilhado e suas partes eram divididas entre os credores. Houve grande progresso nesse tema, e atualmente a prisão por dívidas é rechaçada por tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No entanto, a servidão por dívidas ainda é praticada em algumas nações periféricas.

Nada obstante, há exemplos de dívidas que resultam em prisão em países desenvolvidos, tanto na tradição do *common law* quanto do *civil law*. Em geral, a prisão por dívidas é rechaçada em termos genéricos, mas na prática, condutas fraudulentas do devedor podem levá-lo à cadeia. Nos EUA, há casos de prisão pelo não pagamento de dívidas, como nos casos de pensão alimentícia, impostos federais e desrespeito à ordem judicial, com aplicação da doutrina do *contempt of court*. Neste último caso se encaixam fatos recentes reportados na imprensa internacional de prisão por dívidas hospitalares e empréstimos estudantis.

Como garantia contra abusos, a Lei de Práticas Justas de Cobrança de Dívidas (FDCPA) entrou em vigor nos EUA em 30/11/2021, e prevê que o cobrador não poderá ameaçar o devedor de prisão, sob pena de assédio. Por sua vez, a lei trabalhista da Pensilvânia (WPCL) prevê na seção 11.1.(b) a prisão por até 90 dias do empregador que violar as disposições da lei sem uma justificativa de boa-fé. De seu turno, o Código do Distrito de Colúmbia prevê a penhora e o arresto no capítulo 5 (*attachment and garnishment*). No §16-513, o mesmo código dispõe que é ilegal o pagamento antecipado do salário para evitar a penhora sobre os rendimentos do devedor dentro de um período de seis meses, havendo presunção relativa de fraude. Essa disposição tenta evitar condutas fraudulentas, onde o empregador do devedor antecipa seu salário para evitar a incidência da penhora.

Os mandados de penhora são cumpridos pelos *U.S. Marshals*, que acumulam funções equivalentes a delegados de polícia e oficiais de justiça no âmbito federal, em funcionamento desde 1969.

Por sua vez, na Alemanha também é prevista a prisão por dívidas em alguns casos. Mesmo em situações onde a prisão não é diretamente aceita, condutas fraudulentas do devedor podem na prática resultar em sua detenção. A lei alemã entrou em vigor em 2013, obrigando o devedor a cooperar com a execução. Deve ele preencher um formulário de forma fidedigna com a indicação de seus bens e sua situação financeira, para a elaboração de um plano de solvência de suas dívidas, procedimento também adotado em outros países europeus, como a Noruega. Caso seja constatada fraude nesse procedimento, a lei permite a prisão do devedor.

Negócios Jurídicos Atípicos nos Atos Expropriatórios

Também importa analisar a possibilidade de negócios atípicos nos atos expropriatórios, a fim de garantir o objetivo maior de viabilizar o pagamento do credor trabalhista, contornando formalidades legais.

Quanto à sua natureza jurídica, pode-se de antemão afastar todo e qualquer entendimento de que a penhora seria um direito real de garantia. Também deve ser afastado o entendimento de que a penhora possuiria natureza cautelar. É certo que, por meio da penhora, ocorre a individualização e a indisponibilidade do bem do executado. Isto não torna a penhora uma cautelar, pois tal ato é o primeiro ato executivo. Não possui a referibilidade ou acessoriedade, típicos das cautelares. O simples fato de o bem penhorado ficar sob a proteção do Judiciário, o qual deverá, por meio do depositário, conservar o bem até que ele seja expropriado, não torna a penhora uma cautelar. (Michele Taruffo; Corrado Ferri; Luigi Paolo Comoglio. *Lezioni sul processo civile*, 1998, p. 349).

O art. 1.196 do CC encampou a teoria objetiva da posse, elaborada por Rudolf von Ihering. Por ela, a posse se caracteriza tão somente pelo *corpus*, conceito que inclui a *affectio tenendi*, consistente no *animus* de agir como se fosse o proprietário. Desta forma, não é necessária a vontade de ter a coisa para si (*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*), estabelecida na teoria subjetiva de Savigny, para caracterizar a posse, bastando a vontade de agir como se fosse proprietário. Por sua vez, o art. 1.197 do CC prevê a mediatização da posse, consistente em seu desdobramento em posse direta e indireta, ou posse imediata e mediata. Já o art. 1.198 do CC dispõe sobre os atos de mera detenção, ou fâmulos da posse. A doutrina entende por posse própria quando é exercida com *animus domini*, ou vontade de ter a coisa como sua. E posse imprópria a que não possui esse *animus*. Nessa toada, para a teoria objetiva, determinados atos caracterizam a posse, enquanto para a teoria subjetiva, os mesmos atos consistiriam em mera tença. Como

exemplo, no contrato de locação, o locatário é possessor, exercendo a posse direta, à luz da teoria objetiva. Para a teoria subjetiva, o locatário é mero detentor do bem.

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, Tomo 10, leciona que: “no fato jurídico *stricto sensu* da detenção ou tença, a irradiação de eficácia é quantitativamente e qualitativamente inferior à irradiação de eficácia do fato jurídico *strito sensu* da posse”. A tença ou detenção é uma posse degradada, juridicamente desqualificada. Nessas situações, o legislador entendeu que o poder fático sobre a coisa não alcança repercussão jurídica. O art. 1.208 do CC dispõe que os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. Assim, a tença não constitui posse por lhe faltar o *animus tenendi*.

O Código Civil estabelece no art. 1.228 os poderes inerentes ao direito real de propriedade. O exercício de algum desses poderes caracteriza a posse, conforme art. 1.196. O domínio importa o *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius disponendi*, além do direito de reaver a coisa e o direito de sequela. De outro giro, o art. 1.267 determina que a tradição da coisa é elemento essencial para a transferência da propriedade móvel.

A penhora impõe limites ao uso e gozo da coisa penhorada. Esse efeito decorre da tutela ao mecanismo expropriatório. Enquanto a subtração, a supressão, a destruição, a dispersão e a deterioração da coisa penhorada constituem ilícito penal (art. 179 do CP), não houvesse a constrição, e em princípio, ao proprietário afigurar-se-ia lícito destruir o que é seu. Em consequência, feita a penhora, fica interdita a remoção e o transporte da coisa penhorada pelo executado e seus prepostos, salvo autorizando o juiz que o bem continue afetado à sua atividade econômica, como acontece com navios e aeronaves (art. 864).

A penhora é ato destinado, cedo ou tarde, a convolar-se num dos meios executórios previstos no art. 925, I a III, ou a desaparecer no caso de êxito da oposição do executado tendente a repelir a execução injusta ou a ilegalidade da constrição (art. 917, II, 1ª parte). A penhora não recai sobre toda e qualquer coisa, mas apenas nas coisas qualificadas como bens, conforme art. 789 do CPC. Desta forma, apenas quando o executado for efetivamente desapossado do bem é que restará caracterizada a transferência da propriedade móvel pela tradição. Já no tocante aos bens imóveis, o art. 1.245 do CC exige registro do título translativo no Registro de Imóveis, com expedição de ordem de imissão na posse, se for o caso, para a consecução da transferência.

A jurisprudência dos tribunais é farta no acolhimento de pedidos de desistência de arrematação, mesmo após a assinatura do auto, mitigando-se o teor do art. 903 do CPC. São arestos oriundos de TRTs, TRFs e TJs, em sede de recursos próprios dos incidentes da execução, julgados à luz do novo CPC. As razões para a desistência da arrematação após a assinatura do auto são diversas, porém, deve ter uma justa causa demonstrada. Conclui-

se, assim, que a arrematação somente se considerará definitiva quando da remoção e entrega dos bens ao arrematante.

Desta forma, a tradição que importa transferência da propriedade se dará com a remoção e entrega dos bens arrematados ou adjudicados. O desapossamento do executado de bens corpóreos necessita ser efetiva, conferindo a propriedade alodial ao arrematante ou adjudicante, com poderes plenos inerentes ao domínio.

Neste tema, é usual o executado oferecer proposta pelos bens por ocasião do cumprimento da ordem de entrega. A prática é tão comum, que existem arrematantes especializados em leilões judiciais, buscando primordialmente negociar acordos com os executados pelos bens arrematados, sem ostentarem interesse pelos bens propriamente.

Compete ao exequente fornecer os meios para a execução. Idêntico ônus recai sobre o arrematante, conforme previsto nos editais de leilões judiciais, bem como sobre o adquirente nas alienações particulares. A proposta do executado ocorre na maioria das vezes quando os bens são removidos pela capatazia para os veículos de transporte.

O executado se vê premido pela iminente perda dos bens e oferece um valor pecuniário por eles. O acordo se assemelha a um contrato verbal de compra e venda entre arrematante e executado. O art. 481 do CC dispõe que na compra e venda o contratante se obriga a transferir o domínio de certa coisa. Como o domínio já foi transferido ao arrematante por ocasião da homologação judicial e expedição da ordem de entrega dos bens, o negócio é válido e eficaz.

O comprador-executado, ainda não despojado dos bens, exerce posse direta sobre eles. Por sua vez, o vendedor-arrematante ou adjudicante vende seu domínio sobre os bens ao executado, desistindo do desapossamento. O arrematante tornou-se proprietário dos bens por ocasião da expedição da ordem de entrega, logo, o objeto do contrato é unicamente o domínio sobre os bens.

A própria adjudicação se assemelha a um contrato de dação em pagamento, adaptado para a execução forçada. Ao contrário do Código Civil anterior, o art. 356 do CC/02 permite que a obrigação se extinga mediante a execução de uma prestação diversa, de qualquer natureza, inclusive dinheiro. Quando o adjudicante procede à remoção dos bens, já possui o domínio sobre eles, buscando complementá-lo com a posse direta. Assim, é possível ao executado comprar os bens do adjudicante, evitando sua retirada do estabelecimento.

Esse procedimento executivo, apesar de atípico, se encaixa na liberdade das formas da execução, expressa nos arts. 798, II, a, e 190, do CPC. Além disso, confere preferência à satisfação do crédito em dinheiro, conforme a ordem do art. 835 do CPC.

Em consequência da compra e venda realizada no âmbito da diligência de remoção e entrega dos bens, eles retornarão ao patrimônio do executado, podendo incidir penhoras subsequentes. A hipótese poderá configurar o concurso singular do art. 908, § 2º, do CPC. A remoção dos bens ao veículo de transporte pela capatazia, por ocasião do cumprimento da ordem de entrega, não se qualifica como tradição, uma vez que não houve efetivo desapossamento. Deveras, nessa circunstância, os bens ainda permanecem na órbita de vigilância do executado. Somente com a retirada do bem do estabelecimento executado, e seu efetivo transporte para outra localidade, é que se perfectibiliza o desapossamento, perfazendo a tradição do bem.

A jurisprudência entende que a propriedade do bem é transferida para o adjudicante ou arrematante no instante em que a ordem de entrega é expedida, com a homologação judicial. No entanto, a posse direta do bem somente se configura após seu transporte a outra localidade, quando então o arrematante poderá exercer os direitos inerentes ao domínio, tais como o de uso e fruição do bem. Estando o executado no encargo de fiel depositário, exercerá a posse direta sobre o bem, podendo usá-lo e fruí-lo, bem como reavê-lo de quem ilegitimamente o detenha. Entretanto, não poderá dispor do bem, como doá-lo, vendê-lo ou empenhá-lo. Consequentemente, com a penhora do bem e a nomeação do executado como fiel depositário, será ele despojado de um dos poderes inerentes à propriedade, a saber, o *ius disponendi*. Nessas circunstâncias, a posse indireta ficará com o juízo da execução, de onde emanou a ordem de penhora, ficando o executado com a posse direta. Mesmo que o ato de constrição seja cumprido em juízo diverso, a exemplo da carta precatória executiva, a posse indireta ainda restará com o juízo da execução originário, a quem caberá dispor do bem como entender devido para a satisfação do crédito.

Na arrematação, é possível que o próprio exequente utilize seus créditos na execução para oferecer lances. Nessa situação, arrematado o lote de bens e expedida a ordem de entrega, haverá convolação em adjudicação. A vantagem desse rito é permitir a adjudicação dos bens por preço não vil. Isso porque, o art. 876, § 4º, I e II, do CPC determina que a adjudicação seja efetuada pelo valor da avaliação, e o preço não vil é inferior a este, beneficiando o exequente. Por sua vez, o art. 895, I e II, do CPC estipula que a arrematação será realizada pelo valor da avaliação no primeiro leilão e por preço não vil no leilão seguinte. O preço não vil pode ser de até 50% do valor da avaliação, conforme o art. 891, parágrafo único, do CPC. Excepciona-se o imóvel de executado incapaz, cujo valor não vil é de 80% da avaliação, segundo se extrai da interpretação do art. 896 do CPC.

Assim, poderá o exequente adjudicar os bens penhorados pelo valor pago na arrematação, e não pelo valor da avaliação. A depender da disputa de lances, o valor arrematado pode ser inferior à avaliação. Evita-se, assim, uma discriminação injusta do adjudicatário. O procedimento concilia o princípio do resultado com o princípio da menor onerosidade, expressos nos arts. 836, 899 e 805 do CPC.

A Execução Trabalhista nas Relações Desportivas

Vejamos agora os meandros na execução de dívidas trabalhistas desportivas, que sobrecarregam os fóruns trabalhistas.

Sabe-se que atualmente os maiores salários no Brasil e de muitos outros países são de jogadores de futebol. Em algumas nações, essa condição é ostentada por atletas de outras modalidades, como o basquete, além da elite da classe artística. Mas no Brasil atual, são os jogadores que têm os maiores salários. No entanto, trata-se de uma realidade restrita à elite do futebol. Os litígios salariais envolvendo clubes de futebol enfrentam execuções tortuosas, resultando na penhora de rendas de jogos e até do próprio estádio do clube.

A título ilustrativo, a justiça do trabalho de Alagoas, por meio da Vara do Trabalho de Palmeira dos Índios, determinou a penhora do estádio Juca Sampaio por dívidas trabalhistas do CSE. O estádio ganhou projeção em 2019, com a classificação do CSA, o clube rival, para a primeira divisão do campeonato brasileiro, após 32 anos, com a obtenção de três acessos seguidos, da série D para a série A, um feito inédito. Com isso, os treinos do CSA nesse estádio passaram a ser cobertos pela imprensa nacional. Neste mesmo ano, as execuções trabalhistas do CSE foram objeto de acordos, que envolveram o repasse de valores de patrocínio da prefeitura municipal de Palmeira dos Índios, além de bloqueio de verbas do Fundo de Participação dos Municípios-FPM. O estádio foi avaliado em R\$ 600.000,00, mas deve ser arrematado por valor bem superior em um eventual leilão judicial, tendo em vista se localizar em uma área nobre da cidade, com grande interesse imobiliário. Em 2023, o leilão do estádio foi novamente suspenso, por conta da alegação do município de se tratar de um imóvel público.

Já o estádio de Ribeirão Preto, com 35.000,00 m², em forma elíptica, foi a leilão no mês março de 2023, com lance mínimo de R\$ 54,7 milhões na primeira praça. Diversos outros estádios no Brasil foram penhorados para saldar dívidas trabalhistas ou fiscais. Em geral, são estádios de clubes pequenos. Contudo, alguns grandes clubes estão com seus estádios ameaçados de penhora por dívidas, como a Arena Grêmio.

A dívida dos grandes clubes brasileiros soma mais de R\$ 10 bilhões. Somente Cruzeiro e Atlético-MG devem mais de um quarto desse valor. A receita dos clubes também

impacta nessa relação. O Atlético-MG, que tem a maior dívida do Brasil, de cerca de R\$ 1,5 bilhão, tem uma relação dívida/receita de 2,6, enquanto Cruzeiro e Botafogo possuem dívidas sete vezes maiores que suas receitas. A esse respeito, a Lei 14.193/21 criou a Sociedade Anônima do Futebol-SAF, cujo art. 9º limita sua responsabilidade pelas dívidas do clube. A Justiça do Trabalho de Minas Gerais discutiu a aplicação desta lei nas dívidas do Cruzeiro, ora entendendo pela aplicação da responsabilidade inserta nos art. 2º, §2º e 19 da Lei da SAF, ora aplicando o disposto no art. 2º, §2º, e 448-A da CLT, reconhecendo a existência de grupo econômico por coordenação, com aplicação da responsabilidade solidária ou subsidiária entre o clube e a SAF. A esse respeito, o Atlético-MG busca um modelo de SAF para rolar sua dívida. O tema ainda pende de consolidação na jurisprudência.

Outro assunto que ganha dimensão na execução de dívidas de jogadores é a penhora de patrocínios. O TRT18 acatou a penhora de valores repassados por patrocinadores ao Campinense Clube, determinada pelo juízo de Goiânia. Mas determinou a soma dos percentuais de todos os processos, a fim de não ultrapassar o limite de 30%. De seu turno, o TJSP já acatou a penhora incidente sobre patrocínio incentivado, que envolve dedução fiscal do patrocinador, em caso envolvendo a TIM e o Botafogo Futebol e Regatas. Neste caso, o tribunal entendeu que o percentual da penhora deve recair apenas sobre os recursos próprios do patrocinador, no importe de R\$ 840 mil, um sexto do valor total do patrocínio, excluindo-se da constrição os valores vinculados ao incentivo fiscal. O tema ganha projeção na dívida dos grandes clubes. Como exemplo, os Supermercados BH, patrocinador do Cruzeiro, teve um faturamento recorde em 2022, da ordem de R\$ 14 bilhões, ainda bem inferior ao Carrefour, o líder do segmento, que faturou mais de R\$ 100 bilhões. O patrocínio desta rede de supermercados consiste em uma operação de debêntures conversíveis no valor de R\$ 100 milhões.

Já nos pequenos clubes, os jogadores com valores a receber lutam pela penhora das cotas de participação repassadas pela CBF, que são liberadas conforme o time avança nas fases de uma competição. A esse respeito, o TRT/CE decidiu por maioria o Mandado de Segurança nº 0080045-15.2016.5.07.0000 em 2016, entendendo pela possibilidade de penhora trabalhista e bloqueio para garantia do juízo, das cotas de participação e rendas dos jogos do clube. Diferentemente, os valores recebidos pelos clubes por meio de convênios com o poder público para o incentivo à educação desportiva são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IX, primeira figura, do CPC, com reforço do art. 217, II, da CF/88 e art. 3º, I, da Lei nº 9.615/1998.

Ainda envolvendo a execução em clubes pequenos, importa destacar o tema da responsabilidade solidária do patrocinador pelas dívidas trabalhistas. O TRT/CE enfrentou o assunto no Agravo de Petição no processo nº 0010006-78.2013.5.07.0038 em 17/01/2020, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. No caso, houve a

juntada aos autos do mandado dando prazo de 15 dias para o patrocinador do clube de futebol pagar a dívida de 13 exequentes, no importe de R\$ 820 mil, ou garantir a execução, sob pena de penhora. O total do passivo trabalhista do clube é de cerca de R\$ 5 milhões. No entanto, no julgamento do recurso o TRT/CE, por maioria, reformou a decisão, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. Segundo o voto vencido, não havia dúvidas quanto à efetiva doação conjunta efetuada pelo clube e seu patrocinador às famílias dos atletas vitimados pelo incêndio no Centro de Treinamento do Clube de Regatas Flamengo, no Rio de Janeiro, fato reconhecido pelo patrocinador na peça recursal. Mencionou ainda que a contabilidade financeira do clube de futebol, a partir do novo patrocinador, passou a ser feita pela contadora da empresa. Além disso, havia livre acesso de empregados do patrocinador, a seu mando, às instalações do clube de futebol, mormente para movimentação e transferência de móveis e colchões para um novo espaço de treinamento dos atletas, cedido pelo patrocinador, enquanto o antigo seria reformado às suas expensas. Concluiu, assim, pela existência de comando único e de coordenação entre o clube e o seu patrocinador, por meio de uma incorporação informal das atividades desportivas, o que configura a hipótese de grupo econômico prevista no artigo 2º, §2º, da CLT, e faz nascer à responsabilidade solidária. No entanto, para a corrente vencedora, expressa no voto do relator, não se pode questionar que o esforço necessário para reerguer um clube de futebol que se encontra praticamente falido não se resume apenas em injetar dinheiro na agremiação. É necessário fazer muito mais que isso. E o que se colhe dos autos é que a instituição patrocinadora também se preocupou em reorganizar a parte administrativa e financeira do clube, cedendo a sua própria contadora para executar essa tarefa, como também realizou importantes melhorias no centro de treinamento do clube para melhor preparação dos atletas. O fato de pegar alguns móveis e colchões na sede do clube para transferir para o novo centro de treinamento é muito pouco relevante para justificar uma assunção de gestão do clube a ponto de configurar a interferência administrativa justificadora do suposto grupo econômico. A atividade futebolística vai muito além de tais práticas, se estendendo desde a contratação de atletas, técnico de futebol, preparador físico, definição de estratégias de jogos, tratativas com órgãos de administração do futebol estadual e nacional, viagens, transmissão de partidas por meio de rádio e televisão, negociação de vendas de direitos de imagens etc, ou seja, um mundo de atividades que não se tem qualquer notícia de ingerência por parte da entidade patrocinadora. Os fatos apontados pelo magistrado de primeiro grau são pontuais e não justificam a responsabilização solidária da agravante por dívidas pretéritas do clube, relativo ao tempo que a mesma ainda não possuía qualquer acordo com a agremiação. Também entendo que o fato da agravante ter feito certas exigências para firmar o contrato de patrocínio com o clube não possui o condão de descaracterizar a sua natureza meramente acessória, convalidando-o em verdadeira intervenção administrativa. Ora, quem em sã consciência iria transferir grandes somas de dinheiro a uma agremiação gerida por

alguém em quem não se confia. Com esses argumentos, o tribunal afastou a responsabilidade solidária pelo passivo trabalhista do clube.

Conclusão

A fase de execução pode se transformar em um verdadeiro pesadelo labiríntico, trazendo desalento ao exequente que almeja receber seu crédito. Muitos avanços recentes podem contornar essa dificuldade. O princípio da inevitabilidade reza que a jurisdição somente estará completa com a concretização do direito. Para tanto, os órgãos de gestão do Poder Judiciário têm priorizado em suas metas e capacitações a fase executiva, para que o processo não vire um conto de Lewis Carrol. Tanto que nos últimos anos os valores movimentados na Justiça do Trabalho têm aumentado, ultrapassando a casa de R\$ 30 bilhões por ano, com tendência de crescimento atrelado ao aumento do salário mínimo. Alguns tribunais do trabalho aumentaram em mais de 40% a movimentação de recursos em 2022. No entanto, o estoque de processos na fase de execução ainda supera o estoque das fases de conhecimento e liquidação juntas. Os tribunais têm promovido cursos de técnicas avançadas de execução, como os promovidos pelos TRTs da 2ª e 8ª regiões, com exame de blindagens patrimoniais, tais como a interposição de pessoas, negócios fraudulentos e falsas estruturas societárias, além da análise de ferramentas digitais de investigação, que têm se tornado uma mera formalidade. Já se disse que a execução é uma verdadeira corrida de gato e rato, com devedores arquitetando novas formas de burlar os atos executivos, muito além da mera alteração do CNPJ ou firma social (arts. 10-A, parágrafo único, e 448-A, parágrafo único, da CLT). Nesse sentido, é premente que a comunidade jurídica conheça os atuais caminhos legais e jurisprudenciais no labirinto processual, em derredor dos principais atos constritivos, que constituem a maior parte dos mecanismos de execução no âmbito trabalhista, a fim de conferir-lhes eficácia prática.

Referências:

André Araújo Molina, Revista do TRT/MG nº 104, 2021.

Araken de Assis, Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil. Volume IV. 4ª edição, Malheiros, 2019.

Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho, Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020.

Fernando da Fonseca Gajardoni, Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Francesco Carnelutti. Instituições do processo civil, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000.

Mauro Schiavi, Execução no Processo do Trabalho, Editora Juspodivm, 15ª edição, 2023.

Maximiliano Silveira Sabóia, Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022.

Michele Taruffo, Corrado Ferri e Luigi Paolo Comoglio. Lezioni sul processo civile, 1998.

Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães, Execução Trabalhista na Prática, Editora Mizuno, 2ª edição, 2022.

QUEM É O SUSPEITO? UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE DO “VADIO” DO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

JÚLIO CÉSAR MARQUES DA SILVA:

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET⁹

Resumo: O presente artigo analisa a particular noção de suspeita construída em torno da figura do “vadio” em nosso Código de Processo Penal. Partindo da constatação da vigente tipificação da vadiagem e da presunção de periculosidade que a acompanha, verifica-se a aproximação da norma à ideia de direito penal para inimigos. Faz-se apanhado da legislação criminal editada do Império aos dias atuais acerca da tipificação do delito de “vadiagem”, para, por fim, aduzirmos a insustentabilidade dessa reserva normativa em face dos direitos e garantias individuais.

Palavras-chave: Periculosidade – Suspeita – Vadiagem – Processo Penal

Introdução

Para o exercício da atividade policial, notadamente o policiamento ostensivo (CF/88, art. 144, § 5º), uma noção é recorrentemente mobilizada pelos agentes policiais: a noção de *suspeita*. O conceito, contudo, é indeterminado, pois, ao remeter à desconfiança do cometimento de um delito, em especial para as práticas ostensivas de prevenção criminal, deve ser construído no caso concreto individualizado.

A fim de compreender o significado atribuído à noção de *suspeita*, propõe-se neste trabalho uma retrospectiva do significado historicamente atribuído a esse termo em nossa legislação penal e processual penal. A partir da positivação expressa da presunção de periculosidade dos ébrios habituais e dos condenados por *vadiagem* ou *mendicância* na Lei de Contravenções Penais (art. 14), e, até 2011, na orientação de prisão preventiva do indiciado que fosse tido como vadio (redação original art. 313 do Código de Processo Penal), verifica-se no direito brasileiro a positivação de tipos *a priori* suspeitos e a normatização de uma particular atenção do aparato penal a esses estados comportamentais ou de fato existenciais, sem correlação com uma suspeita construída em uma situação concreta e particularizada.

⁹ E-mail: julioqramarques@gmail.com. Este artigo é uma adaptação de trabalho apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito.

Nesse panorama, o presente artigo objetiva analisar como a noção de suspeita foi historicamente tratada em nossa legislação penal e processual penal, inclusive a fim de que se possa compreender a noção no direito atual.

Suspeita e vadiagem: uma retrospectiva histórica da legislação penal brasileira

A atribuição do rótulo da periculosidade a determinados sujeitos se assenta na assunção de estereótipos forjados em algo como a *natureza* do indivíduo, em suas prováveis e pretensas características existenciais intrínsecas e exteriormente perceptíveis. Estranhos e indesejáveis seriam determinados pela simples manifestação de suas condições existenciais, na percepção mais imediata da representação exterior que lhe é atribuída e no consecutivo juízo do que venha a ser sua possível índole ou caráter natural, *em sua natureza* mesmo, pretensamente não política, isto é, não individualizada por um ato do poder soberano, dando contornos a uma categoria *ôntica* de inimigo¹⁰.

Os critérios de periculosidade e suspeita permearam nosso direito penal da década de 40 do século passado. Na redação original do Código Penal, a verificação da periculosidade, quando não presumida por lei, deveria ser reconhecida pela análise da personalidade, antecedentes, motivos e circunstâncias do crime, que autorizavam, a seu turno, a suposição de que o indivíduo viesse ou tornasse a delinquir, podendo ser verificada ainda em elementos como a torpeza, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral na prática do fato tipo (antigo artigo 77 do Código Penal).

O sistema veio a ser complementado pela Lei das Contravenções Penais, em 1941, que positivou a presunção de periculosidade dos inimputáveis por razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, dos ébrios habituais, dos vadios e mendigos e dos exploradores de jogos de azar, em especial do jogo do bicho, estando vigentes ainda as presunções relativas aos ébrios, vadios e mendigos.

O Código Criminal do Império, Lei de 16 de Dezembro de 1830, editado em contexto de exploração escravocrata das pessoas negras, dedicava sua quarta parte ao que denominava "*crimes policiaes*", práticas entendidas como atentatórias à civilidade e aos bons costumes, estando tipificados como delitos desse tipo a vadiagem e a mendicância (respectivamente, artigos 295 e 296), sendo configurada a vadiagem pela ausência de ocupação honesta e útil que garantisse ao indivíduo os meios para a sua subsistência.

¹⁰"Para o positivismo [criminológico], o *inimigo* ou *estranho* não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo desse modo a existência *ôntica* do *inimigo*; o estranho do positivismo não é um *inimigo político* no sentido que assume esse caráter em função de um ato de individualização política ou de poder, mas sim um *inimigo ôntico*." (ZAFFARONI, 2011, p. 93) (grifos no original)

Em 16 de novembro de 1889, a monarquia foi derrubada em um golpe militar e substituída por um governo de matiz republicano. Mas, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, um novo código criminal foi editado pelo poder militar insurgente, publicado pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. A despeito das mudanças de ordem social e política, mantiveram-se no campo penal as preocupações com o controle social do negro, particularmente por meio da tipificação da prática da capoeira, equiparada à vadiagem, previstas que estavam (capoeiragem e vadiagem) em um mesmo capítulo do Código (capítulo XII - *dos vadios e capoeiras*).

Atualmente, vige a tipificação prevista no art. 59 da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei n. 3.688/41 – que reputa vadio o alguém que se entrega à ociosidade, sendo válido para o trabalho, não tendo renda suficiente que lhe garanta a subsistência, ou que provenha o próprio sustento mediante ocupação ilícita.

Além disso, a sistemática penal inaugurada na década de 1940 positivou expressamente a presunção de periculosidade dos tipos vadios. A imposição da periculosidade feita pelo artigo 14 da Lei das Contravenções Penais normatiza tipos a priori suspeitos e os coloca como objetos de permanente atenção dos aparatos de submissão administrativa direta, dispensando-lhes tratamento coercitivo diferenciado, que os acompanha em razão de um estado virtualmente perigoso.

Nesse contexto, a vadiagem configura um estado permanente de flagrância, o que, conjugado com a suspeita latente que acompanha o indivíduo, coloca-o em um estado constante vigilância pelo estado.

Conclusão: a insustentabilidade da tipificação da presunção de periculosidade

A leitura do arcabouço legislativo historicamente construído em torno da categoria do vadio ou vagabundo aponta uma particular noção de suspeita esboçada em torno dessa figura em nosso direito. Tradicionalmente, essa singular noção de suspeita se faz em torno da assunção de presunções e pressuposições comportamentais quanto à pessoa que como vadio seja identificado. Faz-se desse tipo uma ameaça, um perigo social, em razão de sua simples condição existencial, legitimando o uso da tecnologia jurídica como meio de exclusão dos identificados como má-vida, desviantes, errantes e indesejáveis, racionalizando uma lógica do inimigo no direito.

A imposição de um título de periculosidade veiculada na legislação penal, singularmente no que tange aos vadios e mendigos, calca-se numa lógica determinista e encontra seu fundamento em movimento de segregação de estranhos e indesejáveis e diferenciação entre amigo/inimigo, marcante do positivismo criminológico, que notadamente engendra esforços em uma teorização sobre tipos *aprioristicamente*

suspeitos, mercedores de coerção direta por serem percebidos como essencialmente perigosos.

As construções jurídicas em torno da figura do vadio se fundam no senso comum da função dignificante do trabalho honesto e no papel que este desempenha na construção do coletivo, e, particularmente na esfera penal, as teorizações sobre a vadiagem operam, sobretudo, no plano das presunções.

A positivação da presunção de periculosidade dos tipos vadios, que se faz em termos eminentemente estereotipados, engendra uma lógica determinista na sistemática penal, colocando no espaço do direito positivo a assunção de que a vadiagem comporta uma tendência criminosa, um estado de latência delitiva, assumindo de antemão que a pessoa que se encontre nessa condição será impelida a delinquir para garantir a sua subsistência.

Essas posições, contudo, não sobrevivem a uma leitura democrática do ordenamento jurídico e à força estruturante operada pelos direitos e garantias fundamentais. O próprio direito penal e direito processual penal devem ser lidos como garantias do indivíduo, e não como um recanto de salvaguardas da sociedade e de concepções de bem geral, não podendo prosperar, em uma prática penal verdadeiramente democrática, qualquer outra presunção que não a de inocência, sob o risco de legitimar-se o arbítrio no âmbito do estado de direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Manda Executar o Codigo Criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

_____. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de Outubro de 1941. Lei de Contravenções Penais.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3.ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Revan: Rio de Janeiro, 2011

NORMA PENAL EM BRANCO E A COMPLEMENTAÇÃO POR ATOS INFRALEGAIS À LUZ DO TEMA N.º 1.246 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (graduado). Pós-Graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ. Advogado11

Resumo: O objetivo do presente artigo é esmiuçar a decisão a respeito do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral do STF, consistente em discutir, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se, diante de normas penais em branco, seria possível aos entes federativos estaduais e municipais legislarem por meio de atos infralegais a fim de complementar o teor da norma penal em branco, ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Ou seja, haveria grau de liberdade ao legislador estadual ou municipal para complementar a norma penal ou isso violaria a competência privativa da União? Há diferença entre a complementação ser do preceito primário ou secundário da norma penal em branco? Seria a norma penal em branco constitucional? São esses questionamentos que orientarão o presente artigo.

Palavras-chave: Norma Penal em Branco – Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral – Complementação da norma penal em branco por atos infralegais – Competência Privativa da União para Legislar Consumação

Sumário: Introdução. 1. Norma Penal em Branco. 1.1. Conceito. 1.2. Espécies: Própria, Imprópria, Ao revés e Ao Quadrado. 2. Norma Penal em Branco e Instâncias Federativas Diversas. 3. Constitucionalidade da Norma Penal em Branco. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Abstract: The objective of this article is to scrutinize the decision regarding Topic n.º 1.246 of General Repercussion of the STF, consisting of discussing, in light of art. 22, I, of the Federal Constitution, if faced with blank criminal norms, it would be possible for state and municipal federative entities to legislate through infralegal acts in order to complement the content of the blank criminal norm, given the exclusive competence of the Union to legislate on criminal law. In other words, would there be a degree of freedom for the state or municipal legislator to complement the criminal law or would this violate the exclusive competence of the Union? Is there a difference between complementing the primary or secondary precept of the blank criminal norm? It is these questions that will guide this article.

11 E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

Keywords: Blank Criminal Rule – Topic n.º 1.246 of General Repercussion – Complementation of the blank criminal rule by infralegal acts – Private Competence of the Union to Legislate to Legislate on criminal law

INTRODUÇÃO

Inicialmente, quanto ao conteúdo, a lei pode ser classificada em completa ou incompleta. A norma penal completa é aquela que dispensa complemento valorativo, dado pelo juiz, ou normativo, dado por outra norma. Já a incompleta é a norma penal que depende de complemento valorativo ou normativo.

Quando depende de complemento normativo, temos a norma penal em branco. Nesse caso, seu preceito primário, onde descreve-se a conduta proibida, e/ou seu preceito secundário, onde descreve-se a sanção, dependem de complementação a ser dada por outra norma.

Sob esse aspecto, a dúvida doutrinária que incitou o Supremo a se pronunciar, consistia na discussão a respeito da possibilidade do preceito primário ou secundário serem complementados por instâncias federativas diversas, isto é, por atos normativos estaduais, ou até mesmo municipais.

Como pano de fundo, o art. 268 do Código Penal foi objeto de análise do Tema n.º 1.246 de Repercussão Geral e é sobre essa decisão que o presente artigo procura tratar.

4. Norma Penal em Branco

4.1. Conceito

Primeiramente, consiste a norma penal em branco em norma penal incompleta que depende de complemento normativo.

Como se sabe, a norma-regra trata-se de um processo de elaboração de texto que possua conteúdo normativo apto a orientar determinados comportamentos pela sociedade de forma, por vezes, abstrata ou concreta. Contudo, seria tarefa hercúlea exigir do legislador destrinchar todas as hipóteses, nuances, situações, que poderão advir do conteúdo da norma esculpida. Nesse cenário, a norma penal em branco revela a sua importância, que delega ao legislador em um segundo momento a tarefa de integrá-la.

Como exemplo clássico citado na doutrina penalista, o art. 66 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas) pretende definir o que seriam “drogas”, mas admite a complementação por Portaria do Ministério da Saúde (Portaria SUS/MS n.º 344/2018), já que não seria possível

ao legislador exaurir as várias espécies de drogas na norma, haja vista que, por vezes, determinada espécie ainda nem existe.

4.2. Espécies: Própria, Imprópria, Ao Revés e Ao Quadrado

Dentre suas espécies, a doutrina elenca 04 principais: própria, imprópria, ao revés e ao quadrado.

A norma penal em branco própria, também chamada de heterogênea, consiste na norma cujo complemento advém de fonte normativa diversa, como é o caso do recém citado art. 66 da Lei de Drogas¹² (Lei n.º 11.343/06), complementado por Portaria do Ministério da Saúde.

Por sua vez, a norma penal em branco imprópria, ou homogênea, consiste na norma cujo complemento possui origem na mesma fonte normativa, podendo ser homovitelínea, quando tratar-se do mesmo diploma legal (exemplo: arts. 312 c/c 327 do Código Penal, em que o conceito de funcionário público do art. 313 é extraído do art. 327)¹³, ou heterovitelínea, quando o diploma legal for distinto (exemplo: art. 236 do Código Penal, em que o conceito de casamento encontra-se no Código Civil – CC/02)¹⁴.

Por outro lado, a norma penal em branco ao revés ou invertida, ocorre quando o preceito secundário do tipo penal necessita ser complementado, como é o caso do crime de genocídio (art. 1º da Lei n.º 2.889/1956)¹⁵.

¹² Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

¹³ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

¹⁴ Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

¹⁵ Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

Finalmente, a norma penal em branco ao quadrado consiste na norma penal em branco cujo complemento também depende de outro complemento. Como exemplo, pode ser citado o art. 38 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), em que o conceito de “floresta considerada de preservação permanente” é complementado pelos arts. 3º, inciso II e 6º do Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012), quando assim declarados de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo¹⁶.

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

16 Lei n.º 9.605/98. Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;

II - proteger as restingas ou veredas;

III - proteger várzeas;

IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;

V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;

VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

VII - assegurar condições de bem-estar público;

VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.

5. Norma Penal em Branco e Instâncias Federativas Diversas

Sabe-se que a competência para legislar sobre direito penal é privativa da União, conforme dispõe o art. 22, inciso I, da CRFB/88. Discute-se na doutrina se outras instâncias federativas, como Estados e Municípios, poderiam complementar normas penais em branco.

Em cima disso, o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a relevância da controvérsia e reconheceu como Tema de Repercussão Geral, n.º 1.24617:

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se o descumprimento de determinação dos poderes públicos Estaduais, Municipais e Distrital, no contexto de combate à propagação do vírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, se mostra apto a enquadrar-se, abstratamente, na violação da norma penal de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal), ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal.

O caso paradigmático refere-se ao art. 288 do Código Penal, que prevê em seu “*caput*”, preceito primário, o termo “infringir determinação do Poder Público”. A discussão se deu em torno da (in) admissibilidade dessa norma ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação. Assim, o tipo deve ou não ser complementado por ato normativo que imponha regras para impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

De um lado, parte da doutrina e da jurisprudência entendia ser o artigo 268 do Código Penal norma penal em branco que exige outra norma jurídica a complementar o tipo e tal deve advir de fonte legislativa Federal, visto que é competência privativa da União legislar sobre direito penal. Assim, quando muito, argumentavam que se não fossem observadas as normas estaduais e municipais emanadas pelo Poder Público podem vir a caracterizar infração administrativa, mas não um ilícito penal.

IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

17Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6559944&numeroProcesso=1418846&classeProcesso=ARE&numeroTema=1246>. Acesso em: 04/10/2023.

Todavia, a tese vencedora, encampada pelo Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de admitir a complementação, conforme abaixo¹⁸:

Tese: O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).

Isso porque, entendeu o STF que tais atos normativos não possuíam natureza criminal, mas sim técnico-científica, razão pela qual não violariam a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Além disso, a regulamentação estadual e municipal não extrapolaria suas respectivas esferas de atuação, conforme avalizado pelo próprio STF, na medida em que a proteção da saúde é de competência concorrente (STF. Plenário. ADI 6341 MC-Ref/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 15/4/2020).

Para um melhor detalhamento do tema, destacamos o voto da lavra da Excelentíssima Ministra Rosa Weber:

“É preciso ressaltar que o art. 268 do Código Penal veicula em sua redação o preceito primário incriminador, vale dizer, o núcleo essencial da conduta punível. Disso resulta que **a União exerceu, de forma legítima e com objetivo de salvaguardar a incolumidade da saúde pública, sua competência privativa de legislar sobre direito penal** (CF, art. 22, I).

O fato de tratar-se, na espécie, de norma penal em branco heteróloga significa apenas a necessidade de complementação (HC 128.894/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 23.8.2016, DJe 28.9.2016), por atos normativos infralegais (decretos, portarias, resoluções, etc.), de modo a se tornar possível a aferição da conduta nuclear tipificada, qual seja, infringir normas estabelecidas pelo Poder Público para evitar a introdução ou disseminação de doença contagiosa.

¹⁸ Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6559944&numeroProcesso=1418846&classeProcesso=ARE&numeroTema=1246>. Acesso em: 04/10/2023.

Sobre o referido dispositivo, Nelson Hungria leciona que poder público quer dizer, aqui, autoridade competente (federal, estadual ou municipal) (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Vol. IX, Arts. 250 ao 361. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 101).

Tratando-se de norma penal em branco heterogênea, sua complementação se faz por **ato do poder público, compreendida a competência de quaisquer dos entes federados**, segundo entendimento exarado, dentre outros, na ADI 6.341-MC-Ref/DF, na ADPF 672-MCRef/DF e na ADI 6.855/RN.

Vale destacar, nesse contexto, **que a complementação de que necessita a norma penal em branco não se reveste, só por esse motivo, de natureza criminal, mas sim, via de regra, de caráter administrativo e técnico-científico, a justificar seja o ato normativo suplementador editado por ente federado que possua competência administrativa para tanto.**

Ademais, a prevalecer a tese adotada pela Turma Recursal Criminal/RS restringir-se-ia a competência concorrente e outorgar-se-ia, ao Poder Executivo federal, competência exclusiva na matéria, legitimando o afastamento das deliberações levadas a efeito pelos entes estaduais, municipais ou distrital, em absoluta contrariedade à jurisprudência desta Casa (ADI 6.343-MC-Ref/DF, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 06.5.2020, DJe 17.11.2020).

Portanto, a infração a determinações sanitárias do Estado, ainda que emanada de atos normativos estaduais, distrital ou municipais, permite seja realizada a subsunção do fato ao crime tipificado no artigo 268 do Código Penal, afastadas as alegações genéricas de inconstitucionalidade de referidas normas por violação da competência privativa da União". (grifo nosso)

Esse também já era o entendimento doutrinário, por exemplo, de César Roberto Bitencourt¹⁹, antes mesmo do decidido pelo STF:

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. Págs.: 454/457

“Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, **por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.)**, para concluírem a descrição da conduta proibida. A falta ou inexistência dessa dita norma complementadora impede que a descrição da conduta proibida se complete, ficando em aberto a descrição típica. Dito de outra forma, a norma complementar de uma lei penal em branco integra o próprio tipo penal, uma vez que esta é imperfeita, e, por conseguinte, incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, faticamente, identificável. **Um claro exemplo pode ser encontrado no art. 268 do Código Penal**, que descreve como conduta proibida “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Para a delimitação do conteúdo exato dessa proibição torna-se necessário acudir às determinações dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de prevenção de doenças contagiosas.

(...)

No entanto, **a fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo etc.) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que esta impõe, para não violar uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do princípio constitucional de legalidade (art. 5º, II e XXXIX, da CF/88), do mandato de reserva legal (art. 22, I) e do princípio da tipicidade estrita (art. 1º do CP)**. Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo preceito da norma penal em branco. É inadmissível, por exemplo, uma remissão total do legislador penal a um ato administrativo, sem que o núcleo essencial da conduta punível esteja descrito no preceito primário da norma incriminadora, sob pena de violar o princípio da reserva legal de crimes e respectivas sanções (art. 1º do CP). Com efeito, as normas penais devem ser interpretadas de acordo com o bem jurídico protegido e o alcance de dita proteção, isto é, sempre levando em consideração a sua finalidade (teleologia), que deve ser estabelecida pelo legislador penal. A validade da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar os seus

estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo também é proibido no âmbito das leis penais em branco o recurso a analogia, assim como a interpretação analógica.

(grifo nosso)

Portanto, confirmando a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, declarou o STF ser a norma penal em branco constitucional, não havendo violação à reserva legal ou à separação de poderes quando o preceito primário for complementado por atos normativos infralegais estaduais ou municipais, desde que dentro de suas esferas de atuação.

Por fim, ressalta-se que, no caso da norma penal em branco ao revés, também chamada de invertida, entende a doutrina que não pode ser complementada por atos normativos infralegais estaduais ou municipais, uma vez que o preceito secundário prevê a sanção penal, a pena, que obrigatoriamente deve ser disposta pela União, sob pena de infringir sua competência privativa.

CONCLUSÃO

Dessa maneira, a partir do presente artigo, conclui-se pela constitucionalidade da norma penal em branco e a possibilidade de complementação por atos normativos infralegais quanto ao seu preceito primário, desde que este possua o núcleo essencial da conduta discriminado, e a atuação infralegal esteja dentro das esferas de atuação do respectivo ente federativo.

Assim, nem todo e qualquer preceito primário da norma penal em branco pode ser complementado por instâncias federativas diversas, sob pena de violação a uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do princípio constitucional de legalidade (art. 5º, II e XXXIX, da CRFB/88), do mandato de reserva legal (art. 22, I, da CRFB/88) e do princípio da tipicidade estrita (art. 1º do CP).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.



BRASIL. **Código Florestal, Lei 12.651/2012**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

BRASIL. **Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/1998**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/10/2023.

ANÁLISE DO ARTIGO 223-G, § 1º, DA CLT E O SISTEMA DE TARIFICAÇÃO DANO MORAL NA SEARA TRABALHISTA

ANA CAROLINE RODRIGUES SERRILHO:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Jales (UNIJALES)

LARA LUDIMILA ALENCAR ANTUNES

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise do Artigo 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e sua relação com o sistema de tarifação do dano moral na esfera trabalhista. O referido artigo foi apresentado pela Reforma Trabalhista de 2017 e estabelece diretrizes para a fixação de indenizações por danos morais decorrentes da relação de trabalho. Em segundo lugar, a maneira como o limite das indenizações é calculado, viola flagrantemente o princípio constitucional da igualdade, uma vez que indivíduos em circunstâncias praticamente idênticas podem receber indenizações diferentes entre si. A partir de uma abordagem teórica e prática, serão explorados os fundamentos legais e conceituais relacionados ao referido dispositivo, assim como os desafios e implicações da implementação do sistema de tarifação do dano moral, que por sua vez, busca limites monetários para a compensação de danos não patrimoniais. Serão examinados os principais aspectos do Artigo 223-G, § 1º, em conjunto com as implicações do sistema de tarifação, levando em consideração aspectos jurídicos e sociais, e discutir os prós e contras da tarifação do dano moral, destacando seus efeitos na busca por equidade e justiça nas relações de trabalho.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Tarifação do dano moral. Princípios. (In)Constitucionalidade.

ABSTRACT: *The present work aims to perform an analysis of Article 223-G, paragraph 1, of the Consolidation of Labor Laws (CLT) and its relationship with the system of moral damage rating in the labor sphere. This article was introduced by the 2017 Labor Reform and establishes guidelines for the determination of compensation for moral damages arising from the employment relationship. Secondly, the way in which the limit of compensation is calculated blatantly violates the constitutional principle of equality, as individuals in practically identical circumstances can receive different compensations. Through a theoretical and practical approach, the legal and conceptual foundations related to this provision will be explored, as well as the challenges and implications of implementing the system of moral damage rating, which, in turn, seeks monetary limits for the compensation of non-pecuniary damages. The main aspects of Article 223-G, paragraph 1, will be examined in conjunction with the implications of the rating system,*

taking into account legal and social aspects, and discussing the pros and cons of moral damage rating, highlighting its effects on the pursuit of fairness and justice in labor relations.

Key-words: Labor reform. Moral damage rating. Principles. (Un)Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº. 13.467, em 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, com a promessa de modernizar a legislação trabalhista sem retirar direitos dos trabalhadores. Assim, tornou-se fundamental examinar a constitucionalidade da nova abordagem para a reparação de danos extrapatrimoniais resultantes de relações de trabalho.

O dano moral nas relações trabalhistas tem sido objeto de ampla discussão no cenário jurídico contemporâneo. Com o intuito de trazer maior previsibilidade e segurança jurídica, o artigo 223-G, § 1º, da CLT foi instituído, estabelecendo uma tabela de valores para a indenização por dano moral. Essa abordagem, porém, gera questionamentos sobre sua adequação aos princípios da Justiça do Trabalho e à proteção efetiva dos direitos dos trabalhadores.

Ele estabelece critérios para a fixação dos valores das indenizações por danos morais decorrentes da relação de trabalho. Paralelamente, o sistema de tarifação do dano moral busca padronizar os valores indenizatórios com base em faixas preestabelecidas, calculado com base na gravidade da ofensa e no salário do trabalhador ofendido, suscitando debates sobre a adequação e a justiça dessa abordagem.

Surge a indagação: seria constitucional uma decisão judicial que se baseia no artigo 223-G, parágrafo 1º, da CLT, estabelecendo uma escala de compensação com base no último salário contratual da vítima, uma vez que tal disposição parece entrar em conflito direto com os princípios da dignidade da pessoa humana, do livre convencimento do juiz e da igualdade?

Portanto, este trabalho tem como objetivo geral analisar o conceito de dano moral e suas implicações no âmbito trabalhista. Especificamente, busca-se examinar as consequências da aplicação desse escalonamento de compensação para os trabalhadores e como isso pode violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do livre convencimento do juiz e da igualdade.

Para atingir esses objetivos, adotou-se no presente estudo uma abordagem dedutiva e uma pesquisa bibliográfico-exploratória, da mesma forma, recorreremos à análise

de um levantamento de fontes doutrinárias obtidas de obras jurídicas e recursos online, com o propósito de evidenciar a potencial inconstitucionalidade da quantificação do dano moral.

Após esta breve introdução, começaremos por definir o conceito de dano moral, associando-o ao contexto da jurisdição trabalhista, especificando situações que podem configurar violações de direitos extrapatrimoniais. Em seguida, abordaremos a evolução da legislação relacionada ao dano moral e sua tarifação no âmbito trabalhista, assim como seus objetivos.

E por fim, examinaremos o parágrafo 1º do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o limite máximo e o método de cálculo para a indenização por danos não financeiros e discutiremos os argumentos relativos à sua conformidade ou não com a Constituição e seus princípios fundamentais, examinando também suas implicações práticas na reparação ao trabalhador, de forma a responder à questão de pesquisa proposta.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Dano Moral na Esfera Trabalhista

O termo dano moral, pela ótica civil, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2023, p.47), "consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro". Os autores ainda acrescentam que é uma lesão que atinge a esfera personalíssima, que viola os direitos da personalidade, como à honra e à imagem.

Basicamente, refere-se a um tipo de prejuízo não financeiro que uma pessoa sofre devido a ações, comportamentos ou situações que causam dor emocional, sofrimento psicológico, constrangimento, humilhação, perda de dignidade ou afetam de alguma forma sua reputação. Não está diretamente relacionado a perda material ou econômica, mas sim ao impacto negativo nas emoções e bem-estar psicológico de alguém. Para o Jurista Enoque Ribeiro (2020, n.p.), "A dor física é diferente da dor moral. A dor física é a dor do corpo e a dor moral é a dor do espírito. É pela dor que tomamos consciência de nossa pequenez, de nossa insignificância diante das forças da Natureza."

O dano pode surgir em várias situações, como acidentes de trânsito, discriminação, calúnia e difamação, assédio no local de trabalho, violação de privacidade, entre outros. Sua avaliação muitas vezes envolve considerações subjetivas, como a gravidade do ato ofensivo, o impacto na vida da vítima, a intenção do agressor e a cultura em que o caso ocorreu.

A violação dos direitos extrapatrimoniais pode ser direta ou indireta, conforme determina, também os autores supracitados.

Ocorre o dano direto, quando há uma ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo, causando sofrimento psíquico de forma direta. Quando há uma lesão específica violada, de cunho extrapatrimonial.

Já o dano indireto, decorre de uma lesão específica de natureza patrimonial, mas que acarreta um prejuízo na esfera personalíssima. Gagliano e Pamplona (2023, p.51), exemplificam: “do furto de um bem com valor afetivo”, ou seja, somente houve dano extrapatrimonial em razão do dano anterior (dano patrimonial), o furto.

No contexto legal, o dano moral é reconhecido em muitos sistemas judiciais como um direito de compensação por esses tipos de sofrimento. Sua comprovação pode envolver depoimentos, testemunhos, laudos médicos, registros de ocorrências, entre outros elementos que demonstram o impacto emocional sofrido pela vítima. A determinação do valor a ser compensado pode variar consideravelmente, dependendo das circunstâncias do caso, da jurisdição e dos critérios estabelecidos pela lei, quantificá-lo é uma tarefa complexa, pois não há uma fórmula objetiva para medir a dor emocional ou psicológica. Diferente do dano material, que é comprovado através de documentação, recibos, faturas, orçamentos de reparo, entre outros registros financeiros, sua computação é muitas vezes direta e tangível.

A indenização por dano moral tem a intenção de oferecer alguma forma de reparação ou consolo para a vítima, bem como punir o infrator pelo seu comportamento prejudicial. Entretanto, é importante ressaltar, que ao contrário, do dano patrimonial, inexistente a possibilidade de retornar ao *status quo ante* ao dano.

O dano extrapatrimonial está expressamente declarado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X, como um direito inviolável.

E por fim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, estabeleceu o dano em nível infraconstitucional: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A concepção do dano moral foi aderida pelo âmbito trabalhista, tendo em vista que, o cotidiano do trabalhador pode ocasionar uma série de violações a integridade moral, como a ocorrência de atos ou situações que causem angústia emocional, humilhação, constrangimento e abalo psicológico a um trabalhador. Isso pode incluir em casos de assédio moral, discriminação, exposição indevida de informações pessoais e outras formas

de violação da dignidade humana. A exposição a essas circunstâncias pode ter consequências devastadoras para a saúde mental e emocional do trabalhador afetado.

A divergência entre o dano nas relações do direito civil para as de direito do trabalho, foi muito bem explanada por Enoque Ribeiro (2020, n.p.): “O dano moral trabalhista tem como característica uma situação que o distingue absolutamente do dano moral civil, e que inclusive o agrava, vez que uma das partes, o empregado, encontra-se em **estado de subordinação**”.

Além do impacto pessoal, os casos de ofensa aos direitos personalíssimos, também influencia o ambiente organizacional. A deterioração do clima de trabalho, a redução da produtividade, a baixa motivação e a possível disseminação de um ambiente tóxico são consequências que podem afetar a empresa como um todo.

Alguns exemplos de situações que podem configurar violação de direitos extrapatrimoniais na esfera trabalhista incluem:

Assédio Moral (Exposição a Condições Humilhantes): envolve ações repetitivas, deliberadas e hostis que têm como objetivo prejudicar psicologicamente um trabalhador. Isso pode incluir insultos, intimidação, ridicularização, exclusão social, atribuição de tarefas humilhantes, entre outros comportamentos abusivos. Em muitos casos, o assédio moral pode causar danos emocionais significativos, afetando negativamente a saúde mental do trabalhador.

Discriminação: ocorre quando um trabalhador é tratado de forma desigual e injusta com base em características como gênero, raça, orientação sexual, religião, deficiência, entre outros. Essa discriminação pode levar a danos morais, uma vez que afeta a autoestima, o senso de pertencimento e a dignidade do indivíduo.

Excesso de Jornada: Impor ao trabalhador uma carga horária excessiva e desrespeitar os limites legais, causando prejuízos à saúde física e mental.

Falta de Pagamento ou Atraso de Salários: Situações em que o empregador não cumpre com as obrigações de pagamento de salários devidos ou atrasa de forma recorrente.

Não Fornecimento de Equipamentos de Proteção: Negligência por parte do empregador em fornecer os equipamentos de proteção individual (EPIs) necessários, colocando em risco a saúde e segurança do trabalhador.

Dispensa Abusiva: Demissões sem justa causa acompanhadas de atitudes vexatórias ou desrespeitosas.

Lamentavelmente, o assédio moral no ambiente de trabalho persiste como uma chaga social, corroendo não apenas a dignidade dos indivíduos, mas também minando os fundamentos de uma convivência profissional saudável e produtiva.

Segundo Luciano Martinez e Pedro Júnior (2022, p.8) a sociedade brasileira carrega as marcas de uma herança escravista que influenciou nas relações sociais e humanas em nosso meio, eles exemplificam, com a seguinte situação:

“Mesmo em banais discussões cotidianas, quando um dos interlocutores eventualmente adota um tom mais ríspido, imperativo, em sua fala, o outro costuma redarguir, respondendo: “você acha que está falando com seu empregado?!”. Isso revela a inaceitável compreensão de que o empregador tudo pode, como uma espécie de autoridade senhorial, à qual o empregado deve se submeter, ainda que exposto a situações de constrangimento e humilhações.”

É imperativo que o sistema jurídico se fortaleça para erradicar essa prática abusiva, garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e preservando a integridade das relações laborais.

Para que seja caracterizado o dano moral na esfera trabalhista, é necessário que haja evidências que a conduta ilícita causou prejuízos à integridade psíquica ou emocional do trabalhador. Além disso, é importante observar que a jurisprudência e as leis trabalhistas podem variar de país para país, definindo os critérios para o reconhecimento e a quantificação desses danos. Na maioria dos casos, as vítimas de dano moral na esfera trabalhista buscam reparação por meio de ações judiciais, solicitando indenizações por danos morais sofridos, por estarem em um estado de subordinação, dificilmente conseguem adquiri-los através do “diálogo”.

2.2. Tarifação do Dano Trabalhista

A tarifação de dano moral no âmbito trabalhista, se refere à definição de valores monetários ou limites máximos que podem ser concedidos como compensação por danos sofridos por um trabalhador em decorrência de situações prejudiciais no ambiente de trabalho. Isso implica em estabelecer critérios mais objetivos para determinar o valor das indenizações, a fim de evitar arbitrariedades e discrepâncias exageradas nas decisões judiciais.

Anteriormente ao ano de 2004, os casos de reparação civil por danos morais eram julgados pela justiça comum, em razão da inexistência na legislação trabalhista sobre o tema. Contudo, com a publicação da emenda constitucional 45, de 30 de dezembro de

2004, a competência passou a ser da justiça do trabalho, de acordo com o Art. 114, VI, da Constituição Federal. Porém, mesmo com a mudança, as indenizações ainda eram fundamentadas no Código Civil, por ausência de norma trabalhista específica sobre a temática.

Com o passar os anos, após a emenda 45, o âmbito trabalhista estabeleceu novos entendimentos sobre a matéria de indenizações das violações de direitos personalíssimos, como podemos observar nas respectivas súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula nº 392 do TST DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Observação: (redação alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 27.10.2015) - Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29.10.2015 e 03 e 04.11.2015 Tese: Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.”

“Súmula nº 439 do TST DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. Observação: Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Tese: Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.”

Orientação Jurisprudencial nº 421 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE DOENÇA PROFISSIONAL. AJUIZAMENTO PERANTE A JUSTIÇA COMUM ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 85 DO CPC DE 2015. ART. 20 DO CPC DE 1973. INCIDÊNCIA. Observação: (atualizada em decorrência do CPC de 2015) Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26/4/2016. Tese: A condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça comum, antes da vigência da

Emenda Constitucional nº 45/2004, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/1970.

Em novembro de 2017, tudo mudou com a afamada reforma trabalhista (Lei 13.467/17), onde destinou o Título II-A da CLT para abordar o dano moral que passou a ser tratado com título próprio, denominado "Dano Extrapatrimonial", que segundo Oliveira (2017, p.336) é "inoportuno" e "inconveniente", pois "a denominação dano moral, ainda que não seja a mais precisa, já consolidou raízes profundas na cultura jurídica brasileira, tanto na lei como na doutrina e jurisprudência". Oliveira (2017, p.339) ainda aponta que o legislador no art. 223-A que inaugura o novo Título da CLT:

"(...) colocou um filtro redutor caprichosamente com sinal invertido, para limitar a reparação do dano moral sofrido pelo trabalhador. Com efeito, ao estabelecer que se aplicam "apenas" os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum nesse tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas,"

A inovação trazida pela reforma, no Título II-A, foi a quantificação do dano extrapatrimonial, a princípio o juiz do trabalho deve analisar os requisitos inseridos no caput do art. 223-G para definir a gravidade do dano:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Cada caso deverá ser averiguado de forma subjetiva observando suas singularidades para decisão de deferimento ou não do pedido de indenização do dano. Após examinar esses critérios, o juiz aplicará o § 1º do art. 223-G, onde ele deve enquadrar o dano sofrido em graus de ofensa:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

De acordo com o parágrafo, os valores das indenizações devem ser fixados de acordo com uma escala que varia de três a cinquenta vezes o salário do ofendido. A escala considera a gravidade da infração, o porte da empresa e o grau de culpa do empregador. Podemos observar que não está definido objetivamente o que seria uma ofensa de natureza leve, média, grave, ou gravíssima, deixando a cargo do raciocínio jurídico do magistrado.

A tarificação tem o objetivo de trazer maior previsibilidade e consistência nas decisões judiciais, padronizar as indenizações estabelecendo faixas de valores para diferentes tipos de situações e evitar a aplicação de quantias excessivamente altas ou baixas em casos semelhantes. No entanto, essa abordagem também pode ser criticada por não levar em consideração as particularidades de cada situação e as nuances individuais dos danos morais sofridos pelo trabalhador.

Essa escala de tarifação trouxe críticas e debates na comunidade jurídica e sindical. Muitos argumentam que ela limita o acesso à justiça e restringe a reparação adequada para trabalhadores que tenham sofrido danos morais graves. Além disso, afirmam que essa limitação pode desincentivar os empregadores a adotarem práticas mais seguras e respeitadas no ambiente de trabalho, uma vez que sabem que os valores das indenizações estão previamente fixados.

Por outro lado, alguns defensores argumentam que ela proporciona mais previsibilidade para as empresas e evita abusos no ajuizamento de ações por danos morais. Alegam que a escala estabelecida na CLT ainda permite a aplicação de indenizações significativas em casos graves.

É importante observar que, apesar da tarifação dos danos morais, ainda é possível recorrer ao Poder Judiciário para discutir a adequação dos valores estabelecidos na escala em casos específicos. Portanto, a tarifação não impede que trabalhadores busquem a reparação por danos morais quando se sentirem lesados, mas estabelece um referencial para os juízes ao determinar o valor da indenização.

2.3. (In)Constitucionalidade da Tarifação do Dano Trabalhista

A tarifação do dano moral trabalhista é um tema que gerou bastante controvérsia ao longo dos anos, de grande debate jurídico e constitucional. Imposta pelo artigo 223-G, §1º da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que estabeleceu critérios específicos para a fixação dos valores de indenização por danos nas relações de trabalho, a pergunta é se de fato é o recurso mais justo de reparação de danos morais.

Alguns argumentos jurídicos apontam para a inconstitucionalidade dessa tarifação, e é notório essa incompatibilidade entre as disposições previstas no artigo e os princípios constitucionais protegidos e garantidos da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso X, estabelece o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de violações a direitos fundamentais, como a honra, a intimidade, a imagem e a dignidade das pessoas. Esse dispositivo constitucional é claro ao assegurar a reparação integral do dano, ou seja, a compensação financeira deve corresponder ao prejuízo efetivamente sofrido pela vítima. A quantificação devida é subjetiva, sendo assim, o legislador ignora a delimitação do dano pelo princípio da proporção, ao considerar o julgamento do dano leve ao gravíssimo, conforme Leite (2022, p. 31):

“O novo art. 223-G da CLT revela a intenção do legislador ao impor verdadeira *capitis diminutio* na competência dos magistrados do trabalho em fixar o valor dos danos morais. Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do

dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”

A Carta Magna brasileira também consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade como um dos fundamentos do Estado.

Moraes (2023, p. 17), define a dignidade como um valor inerente, de cunho espiritual e moral, que todos devem respeitar, e que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, apenas excepcionalmente, possam haver limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Limitar o valor da indenização por dano moral no ambiente de trabalho pode ferir esse princípio, uma vez que não leva em consideração a gravidade do dano sofrido pelo trabalhador. A tarifação pode resultar em indenizações inadequadas para situações de grande impacto na integridade física ou psicológica do empregado.

E sobre a violação da igualdade em relação a tarifação imposta pela reforma, Leite (2022, p. 31) discorre:

“[...] o art. 223-G, criado pela Lei 13.467/2017, estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação.”

Um exemplo ilustrativo que pode demonstrar a disparidade mencionada por Leite, pode ser entendida ao analisar a seguinte situação: imaginemos duas trabalhadoras que desempenham suas funções no mesmo ambiente de trabalho. Uma delas é recepcionista, recebendo um salário que equivale a duas vezes o salário mínimo, enquanto a outra é faxineira e recebe o salário mínimo. Ambas são vítimas de assédio moral e sofrem humilhações por parte de seu chefe, motivadas pelas mesmas razões. Ambas decidem entrar com ações na Justiça do Trabalho buscando indenizações por danos morais decorrentes do tratamento constrangedor que receberam.

Apesar de ambas terem passado pela mesma situação de humilhação e sofrimento, a recepcionista, devido ao seu salário mais elevado, receberá uma indenização superior àquela devida à faxineira. Isso acontece simplesmente porque a recepcionista ocupa um cargo hierarquicamente superior ao da faxineira. No entanto, se os constrangimentos sofridos são idênticos, surge a pergunta: por que a recepcionista deveria ter direito a uma indenização maior do que a faxineira?

Os limites impostos pela tarifação podem desestimular os trabalhadores a buscar a reparação de seus direitos, pois sabem, em muitos casos, que não receberiam uma compensação adequada pelos danos morais sofridos, oportunizando uma restrição do acesso à justiça.

Cada situação de dano moral no ambiente de trabalho é única, com circunstâncias específicas que merecem análise individualizada. A tarifação trata todos os casos de forma generalizada, ignorando as particularidades, causando uma desconsideração da individualidade das ações, assim também afetando o princípio do livre convencimento motivado, termo também conhecido como, livre convencimento do juiz, determinado pelo artigo 371, do atual Código de Processo Civil, que afirma: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento". Gonçalves (2023, p.43) se pronuncia:

[...] o da persuasão racional ou livre convencimento motivado. Cumpre ao juiz formar o seu convencimento livremente, examinando as provas produzidas. Mas essa convicção tem de estar embasada e fundamentada nos elementos que constam dos autos. [...] Esse sistema está diretamente relacionado ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal. Afinal, é preciso que o juiz indique os motivos que formaram o seu convencimento e que eles resultem das provas colhidas, que o juiz poderá valorar livremente.

De certo modo, podemos notar que a redação do artigo 223-G, §1º, viola a liberdade do magistrado na busca por uma justa resolução, é incontestável que a imposição da tarifação do dano moral pelo legislador compromete a autonomia do juiz, restringindo sua capacidade de determinar uma compensação adequada para a reparação apropriada do dano experimentado pelo trabalhador. Isso resulta na imposição de um valor pré-definido que, em algumas situações, pode não refletir de maneira mais justa a peculiaridade do caso em questão.

Em suma, ao examinar as disposições contidas no art. 223-G, §1º, da CLT, é possível identificar uma clara contravenção das normas constitucionais fundamentais. Essa infração se manifesta ao estabelecer uma disparidade no montante da compensação com base no salário do empregado, criando assim uma desigualdade que subestima um direito essencial em face de uma lei de ordem inferior. Em outras palavras, essa disposição adota o princípio de "quanto maior o salário, maior o valor do trabalhador; quanto menor o salário, menor o valor do trabalhador", o que é injusto e inaceitável.

A tarifação do dano moral trabalhista também, tem sido objeto de debate em relação aos tratados internacionais de direitos humanos e trabalhistas dos quais o Brasil é signatário. A questão gira em torno da compatibilidade dessas tarifações com os princípios estabelecidos em tratados internacionais.

Como vimos, no Brasil, a tarifação do dano moral trabalhista estabelece limites ou tetos para a indenização por dano moral em casos de litígios trabalhistas, com base, por exemplo, no salário do trabalhador. No entanto, vários tratados internacionais que o Brasil ratificou, como a Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), estabelecem princípios de igualdade e proteção dos direitos humanos, incluindo o direito à reparação integral por danos morais.

Esses tratados internacionais enfatizam a necessidade de garantir que as vítimas de violações de direitos humanos tenham acesso a um recurso eficaz e uma compensação adequada por danos morais. Assim, algumas interpretações argumentam que a tarifação do dano moral trabalhista no Brasil pode entrar em conflito com esses tratados internacionais, uma vez que estabelece limites que podem ser considerados incompatíveis com o princípio da reparação integral.

É importante observar que a interpretação e a aplicação desses tratados podem variar, e questões legais complexas podem surgir em casos específicos. Portanto, a questão da compatibilidade entre a tarifação do dano moral trabalhista brasileira e os tratados internacionais ainda está sujeita a discussão e interpretação no sistema jurídico.

Em contrapartida aos entendimentos anteriores, Enoque Ribeiro Santos (2017, p.68) esclarece:

“[...] cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoverá uma parametrização do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais.”

Nesse contexto, em relação àqueles que se opõem à ideia de tarifar danos morais em geral, argumenta-se aqui que a classificação de danos do leve ao gravíssimo, com limites máximos de três ao cinquenta, é benéfica e orienta a margem de decisão do juiz. Isso visa evitar que sejam proferidas sentenças desproporcionais e desconectadas com a realidade de casos específicos, buscando harmonizar as decisões judiciais em situações similares.

Além disso, é importante notar que o uso desses critérios não exclui a necessidade de avaliação pelo juiz em cada caso concreto. O magistrado ainda mantém sua capacidade subjetiva de determinar o valor adequado para reparar o dano moral sofrido pelo trabalhador, desde que esteja dentro dos limites estabelecidos pela legislação.

Argumentos de injustiça em relação a uma norma devem se basear na clara violação de direitos fundamentais, não em avaliações puramente subjetivas.

É importante compreender que rejeitar uma norma simplesmente porque ela não está de acordo com nosso próprio julgamento sobre como os direitos devem ser distribuídos na sociedade, o que é conhecido como justiça distributiva, é, na verdade, desrespeitar um dos princípios fundamentais da democracia. Esse princípio estabelece que a maioria, que é formada por meio de um processo político igualitário de eleição de representantes, tem o poder de decidir como as relações na sociedade serão regulamentadas, desde que respeite os direitos básicos dos cidadãos, em particular os direitos fundamentais. Neste sentido Brito Filho e Freitas (2017, p. 69-70), fundamentam que é evidente para aqueles que compartilham da crença na importância da regra da maioria na democracia, porém, essa maioria não deve prevalecer sobre os valores preestabelecidos pela comunidade, que devem ser respeitados independentemente da vontade de uma maioria momentânea, a menos que haja um processo prévio de modificação desses valores.

Desta maneira, percebe-se que o artigo 223-G, §1º, em sua totalidade, não está necessariamente em contradição com a intenção de estabelecer diretrizes para a quantificação de danos morais. Por um lado, ele procura orientar os juízes na determinação dos danos, e por outro, busca evitar decisões excessivamente divergentes em casos semelhantes.

No entanto, seria apropriada uma revisão do critério salarial utilizado no cálculo, uma forma que tornaria a compensação mais imparcial e asseguraria a aderência ao princípio da igualdade entre os trabalhadores, conforme estabelecido na Constituição.

Embora muitos juízes possam, na prática, ter o desejo de legislar, a inclusão de limites multiplicadores no texto da reforma foi uma medida válida para evitar condenações desproporcionais. Porém, é essencial que haja um critério fixo, que não se baseie no salário, para criar critérios mais justos e garantir que as condenações sejam mais consistentes em situações semelhantes.

Em síntese, surge a alegação de que os montantes definidos no artigo, deveriam ser apenas diretrizes para orientar os julgamentos dos juízes, sem a obrigatoriedade de sua aplicação. No entanto, esse argumento enfrenta o desafio da ineficácia intrínseca do

próprio conceito de tarifação do dano moral. Caso o artigo tivesse como único propósito auxiliar o julgamento do juiz sem uma aplicação vinculativa, sua inclusão seria ineficaz, uma vez que sua finalidade principal é justamente evitar condenações injustas e assegurar uma determinação mais equitativa do dano. Todavia a expressão “fixará”, utilizada pelo legislador, se opõe a esse raciocínio, considerando que sugere a ideia de que o juiz deve aplicá-lo de forma obrigatória.

3 CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, é essencial destacar a relevância da análise do assunto em discussão. O dano moral na esfera trabalhista é um desafio complexo que requer a atenção tanto das autoridades quanto das empresas. A conscientização sobre as causas e os impactos desse fenômeno é crucial para prevenir sua ocorrência e para garantir um ambiente de trabalho saudável e respeitoso. A legislação e a jurisprudência desempenham um papel fundamental na definição dos parâmetros para indenizações, mas a prevenção ainda é o melhor caminho para mitigar os efeitos negativos do dano moral. Através deste estudo, é possível compreender a importância de promover um ambiente de trabalho que valorize a dignidade e o bem-estar dos trabalhadores, contribuindo para relações laborais mais justas e equitativas.

No Brasil, existem dezenas de milhões de trabalhadores que se encontram em situação de vulnerabilidade em relação à proteção legal diante de danos não relacionados a seus bens materiais, como já foi demonstrado anteriormente, causados por ações negligentes de seus empregadores. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45, ocorreu uma significativa expansão das atribuições do sistema judiciário trabalhista. Um aspecto notável entre essas ampliações é a incumbência de julgar casos relacionados a danos não relacionados a bens materiais resultantes de relações de emprego.

Dessa forma, surgiram os danos extrapatrimoniais específicos no âmbito trabalhista, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, presente no Título II-A da CLT, que abrange os artigos 223-A a 223-G. A reforma trabalhista inseriu diversas modificações no sistema de compensação por danos extrapatrimoniais na justiça do trabalho, ao estabelecer um limite para as indenizações com base na gravidade da ofensa e no salário contratual do prejudicado. Essas alterações provocaram uma reação por parte de alguns profissionais do direito que argumentaram que a imposição de um teto universal para as indenizações entra em conflito com o princípio da proporcionalidade e com o conceito de reparação completa.

Outro aspecto claramente problemático em termos de constitucionalidade, pois viola o princípio da igualdade, é a maneira como a base de cálculo para o limite das indenizações é determinada. Utilizar o salário do indivíduo afetado como referência para esse limite implica em reconhecer a existência de estratos distintos de seres humanos:

aqueles mais privilegiados que receberiam maiores compensações por danos psicológicos e os demais que permaneceriam invisíveis para o Estado e a sociedade.

Como já mencionado, o legislador cometeu equívocos ao estabelecer um sistema de escalonamento para o dano moral, ao implementar uma espécie de tabela, o que é proibido pelo nosso sistema jurídico. Além disso, ao vincular o último salário do empregado como critério para determinar o teto da indenização, ele violou claramente o texto constitucional. Isso afetou não apenas os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o livre convencimento do juiz, mas também gerou injustiças ao criar uma disparidade sem controle na quantia a que cada trabalhador terá direito.

Isso ocorre devido à diferenciação no tratamento daqueles com salários mais altos, o que leva à reparação inadequada do dano moral, afastando-se da necessária restauração da dignidade e do prejuízo ao direito à personalidade. Isso resulta em cálculos baseados no valor de mercado dos trabalhadores prejudicados, conferindo uma suposta "maior dignidade" aos que ganham mais e impondo condenações menores àqueles com remunerações mais baixas, mesmo em situações semelhantes de violação de direitos.

REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.3. São Paulo-SP, Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626645. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626645/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. 7 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 25 ago. 2023.

CLT Organizada/organizadores KOHLS, Cleize Carmelinda e, DUTRA, Luiz Henrique Menegon. 11ed. São Paulo-SP, Editora Juspodivm, 2022.

MARTINEZ, Luciano; JÚNIOR, Pedro Lino de C. **Assédio moral trabalhista: ações coletivas e processo estrutural**. São Paulo-SP, Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620018.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620018/>.
Acesso em: 01 set. 2023.

Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial nº 421 da SBDI-I. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=OJ&orgao=TST&pesquisar=1>
Acesso em: 02 set. 2023.

Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas 392 e 439. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1> Acesso em: 02 set. 2023.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei N. 13.467/2017, modificada pela MP N. 808, de 14 de novembro de 2017.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, p. 333-368, nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/36lxf7k>. Acesso em: 04 set. 2023.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 07 set. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Barueri-SP: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 08 set. 2023.

GONÇALVES, Marcus Vinicius R. **Direito Processual Civil. (Coleção Esquemático®).** São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627659. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627659/>. Acesso em: 08 set. 2023.

PORTO, Lorena Vasconcelos; HONÓRIO, Cláudia. **A Tarifação do Dano Extrapatrimonial e a violação às normas Internacionais de proteção ao trabalho.** Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 201-223, jan./jun. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/197636/2019_porto_lorena_tarifacao_dano.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista.** Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba/PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116283/2017_santos_enoque_dano_extrapatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2023.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; FREITAS, Juliana Rodrigues. **Revisão judicial de questões insensíveis à escolha em matéria política: o caso da ADI 5632 e dos mandados de segurança 34.574, 34.599 e 34.602.** BARBOSA, Claudia Maria; BARROSO FILHO, José; GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho. **Acesso à justiça.** Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/or96gk01>. Acesso em: 10 set. 2023.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva**, 1949 (Convenção 98 da OIT). Genebra, 1949. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

A TRIBUTAÇÃO PROGRESSIVA SOBRE O PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

JÚLIO CÉSAR MARQUES DA SILVA:

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET²⁰

Resumo: no presente artigo, discorrer-se-á sobre dois impostos incidentes sobre esta base econômica e que recaem especificamente sobre a propriedade imóvel, o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), os aspectos jurídicos gerais que os tangenciam na Constituição e no Código Tributário Nacional e os desdobramentos da técnica da progressividade nessas duas figuras tributárias. A partir de análise legal e revisão bibliográfica sobre o tema, serão tecidas considerações a respeito do fato gerador, contribuintes, base de cálculo, alíquotas e progressividade do IPTU e ITR. Por fim, voltar-se-á para uma análise da divisão dos impostos em reais e pessoais, e, com um enfoque que privilegie o princípio da capacidade contributiva, para a desconstrução do entendimento que incompatibiliza os impostos reais com a técnica da progressividade.

Palavras-chave: IPTU – ITR – Progressividade – Capacidade Contributiva

1. Introdução

Modernamente, a tributação, quando não toma por pressuposto o dispêndio próprio de alguma atividade estatal destinada a um beneficiário individualizável, tem por bases econômicas de incidência a renda, o consumo e o patrimônio, que, em linhas gerais, correspondem ao montante de recursos que a pessoa percebe com o exercício de seu ofício ou a exploração de seus bens, a quantidade e qualidade de bens e serviços que consome e o conjunto de bens e direitos que acumula e titulariza.

A Constituição da República Federativa de 1988 discrimina diversos impostos que se apoiam nessas três bases e os reserva à competência exclusiva de cada ente político-administrativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dessa forma, a carta política fundamental estabelece as competências para o imposto de renda – base renda –, impostos sobre grandes fortunas, heranças e doações, propriedade de veículos automotores, propriedade imóvel urbana e rural, transmissão onerosa de bens imóveis ou de direitos reais sobre bens imóveis – base patrimônio – e

²⁰ E-mail: julioqramarquess@gmail.com. Este artigo é uma adaptação de trabalho apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito.

impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, serviços de qualquer natureza, importação e exportação, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio, seguro e títulos mobiliários – base consumo.

Particularmente no que tangencia ao patrimônio, a riqueza acumulada manifesta um poderoso índice de bem-estar, consubstancia tanto uma reserva de consumo futuro quanto pode ser uma fonte de bem-estar autônoma que confere vantagens materiais ao indivíduo, motivo pelo qual materializa um ótimo indicador de recursos econômicos aptos a suportarem o ônus tributário.

Além disso, tendo em vista que a atividade fiscal do Estado desempenha funções distributivas²¹, que o tributo é um instrumento de ação política, além de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta uma nítida preocupação com a concretização de uma democracia materialmente mais igualitária, que privilegia a justiça social da ação público-estatal, a tributação do patrimônio desempenha um importante papel na política redistributiva, ainda mais se associada a alíquotas progressivas, especialmente em um país marcado por alarmantes exclusões e desigualdades regionais, políticas, econômicas e sociais e concentração de renda e riqueza como o Brasil.

Nesse contexto, os tributos incidentes sobre a propriedade imóvel se projetam como figuras tributárias aptas a alçar relevância em relação à justifica fiscal redistributiva.

2. Fato gerador e contribuintes dos impostos incidentes sobre a propriedade imóvel na Constituição e no Código Tributário Nacional

Dos impostos discriminados na Constituição que tomam por base econômica o patrimônio, dois deles têm por arquétipo de incidência a propriedade sobre bens imóveis, tributando a situação de titularidade em relação a imóveis rurais ou urbanos, respectivamente, o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU).

²¹ A política orçamentário-tributária desempenha funções alocativas, distributivas e estabilizantes, três dimensões que correspondem (i) aos ajustamentos necessários à alocação de recursos (a escolha de quem deve responder pelos custos e quais as políticas de despesas na prestação de serviços públicos e na obtenção de receitas necessárias ao atingimento dos objetivos desejados), ao modo de se estabelecer os ajustamentos sobre renda e riqueza, o nível de interferência do governo no estado adequado de distribuição de bens e (iii) ao plano de ações para se assegurar a estabilidade da economia, o nível estável de preços e pleno emprego (MUSGRAVE, 1976, p. 23-25).

A Constituição Federal de 1988 atribuiu o ITR à competência da União (art. 153, VI), tendo facultado aos Municípios a fiscalização e arrecadação (art. 153, § 4º), hipótese em que lhes caberá a totalidade do produto da arrecadação (art. 158, II), enquanto o IPTU está reservando à competência dos Municípios (art. 156, I) e do Distrito Federal (art. 147), e delineou que o alicerce desses dois impostos incidentes sobre o patrimônio em uma perspectiva estática²² é a propriedade de imóvel rural ou urbano.

O Código Tributário Nacional discorre sobre a disciplina geral desses dois impostos nos artigos 29 a 34, cumprindo o comando constitucional de reserva de lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, dentre as quais, em relação aos impostos discriminados na Constituição, os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes (art. 146, III, *a*).

O CTN dispõe que o fator gerador do ITR e do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado fora ou dentro da zona urbana do Município, respectivamente (arts. 29 e 32 do CTN). A base de cálculo do imposto sobre a propriedade territorial rural é o valor fundiário (art. 30), o valor da terra nua, sem nenhuma benfeitoria (MACHADO, 2005, p. 346), ao passo que a base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é o valor venal do imóvel (art. 33), o valor de mercado do bem. Já o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título (arts. 31 e 34).

Tendo em vista que a Constituição outorgou competência à União e aos Municípios para instituir impostos incidentes sobre a *propriedade* imóvel rural ou urbana, ao passo que o Código Tributário Nacional estabelece como hipótese de incidência da exação a *propriedade*, o *domínio útil* e a *posse* do imóvel, pode surgir a indagação sobre a constitucionalidade das disposições do CTN acerca dos fatos geradores e contribuintes do ITR e IPTU, que conflitariam com a disposição Constitucional.

A inconstitucionalidade repousaria no fato de que o texto do Código Tributário, ao elencar como fatos tributáveis o domínio útil e a posse, e como contribuintes o titular do domínio útil e o possuidor, teria extrapolado os limites das normas de competência constitucionais, desbordando da base econômica dada à tributação e ampliando a competência tributária por norma infraconstitucional (PAULSEN, 2014, p. 205-208, 211-216).

De outra mão, a constitucionalidade das disposições gerais do CTN é sustentada por uma gama de argumentos: a possibilidade de a propriedade desdobrar-se em usufruto

²² Patrimônio em uma perspectiva estática denota os haveres acumulados pelo indivíduo ao longo de um período, o que se contrapõe à ideia de patrimônio em uma perspectiva dinâmica, que expressa a transferência de riqueza de um indivíduo para o outro por meio de heranças, legados ou doações.

e superfície (figuras atreladas ao domínio útil), bem como a posse representar poder inerente à propriedade, integrar o patrimônio do possuidor e revelar capacidade contributiva (FRANCISCO; PELLEGRINA, 2010, p. 670-671); o termo “propriedade” não ter sido empregado no texto constitucional em seu sentido técnico-jurídico, mas em uma acepção corriqueira, coloquial, vulgar (BARRETO, 2010, p. 948); a posse ser atributo da propriedade (BALEIRO, 1981, p. 148); ou a posse constituir um estado de fato juridicamente protegido em atenção à propriedade, da qual é uma manifestação exterior, além de o domínio útil constituir um direito tão amplo quanto a propriedade (COELHO, 2003, p. 209).

Com efeito, a tributação por meio dos impostos tem por pressuposto a atividade econômica privada, e encontra fundamento e legitimidade nas situações que denotam riqueza e manifestam aptidão para suportar o encargo da exação fiscal. Nessa perspectiva, a posse e o domínio útil são situações jurídicas que evidenciam o gozo de riqueza e recursos econômicos, constituindo indicativos de bem-estar e titularidade de patrimônio tanto quanto o direito de propriedade.

A Constituição capitula ainda a sujeição dos impostos ao princípio da capacidade contributiva, norma jurídica polissêmica, que em determinado aspecto determina que a tributação se manifeste diante de situações que revelam de forma objetiva as condições de suportar o encargo econômico do tributo por quem realiza um ato ou se encontra em determinada situação (CARRAZZA, 2010, p. 93), para, em seguida, estender-se sobre as condições individuais da pessoa.

No primeiro sentido, a capacidade contributiva diz-se objetiva e está alinhada com as expressões que denotam de forma objetiva algum tipo de riqueza, sendo atendida pela escolha legislativa de situações que indicam a existência de recursos econômicos como fatos geradores tributários, elencadas como hipóteses abstratas que se realizadas resultam no surgimento de uma relação jurídica compulsória a ser traduzida em dinheiro. Na segunda perspectiva, o princípio tem um viés subjetivo, de estabelecer a imposição de acordo com a possibilidade econômica concreta de a pessoa contribuir²³.

23 “Fala-se em capacidade contributiva absoluta ou objetiva quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza; refere-se o termo, nessa acepção, à atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas. Tais eventos, assim escolhidos, apontam para a existência de um sujeito passivo em potencial.

Diversamente, a capacidade contributiva relativa ou subjetiva - como a própria designação indica - reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva *in concreto*, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo, apto, pois, a absorver o impacto tributário.

Apreendida dessa maneira, a ideia da capacidade contributiva insere no campo normativo o alicerce econômico como pressuposto da regra-matriz dos impostos, fixando como diretriz da atividade legislativa a escolha de fatos que espelham conteúdo econômico como hipóteses de tributação.

Propriedade, posse e domínio útil, embora sejam figuras jurídicas distintas, apresentam conteúdo normativo congênere e manifestam matiz econômico semelhante: a vinculação às vantagens decorrentes da titularidade de bem imóvel, fato que alberga a indistinção para fins de cobrança de IPTU e ITR.

Nesse sentido, o contribuinte é a pessoa que se encontra na posição de titularidade do direito real sobre a coisa imóvel ou da posse (proprietário do imóvel, titular do domínio útil, ou possuidor), sendo que o possuidor só pode ser considerado contribuinte se sua relação com a coisa for a de dela se servir como dono, se externalizar propriedade, e não se sua conexão com o bem decorrer de detenção ou de algum título que não tenha o condão de levar à/ converte-se em propriedade, como ocorre com os contratos de comodato e aluguel, por exemplo, que não têm aparência de propriedade.

3. Conceito e dinâmica da base de cálculo e da alíquota na quantificação do valor da obrigação tributária do IPTU e do ITR

A instauração da relação jurídica que culminará na exigência de pagamento de tributo incorre na identificação da matéria a ser tributada (a verificação da ocorrência de algum fenômeno ao qual o direito dispensa importância, previsto como hipótese de incidência tributária), dos sujeitos dessa relação (Estado – União, Estado ou Município – e contribuinte), do momento em que se considera nascido o vínculo e a obrigação de pagar, do local em que a relação surge e deve ser adimplida, e do montante da prestação devida.

Esses elementos (materialidade, sujeitos, tempo, espaço e quantidade) enfeixam o que se cunhou chamar de regra-matriz de incidência tributária (CARVALHO, 2014, p. 243-335) e fornecem as coordenadas normativas de identificação de uma norma tributária.

A quantificação da relação jurídica que vincula o indivíduo ao pagamento do tributo perpassa a identificação da matéria tributável, a apuração da base de cálculo (o

[...]

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva funciona como pressuposto ou fundamento jurídico do tributo, ao condicionar a atividade de eleição, pelo legislador, dos fatos que ensejarão o nascimento de obrigações tributárias. Representa sensível restrição à discricionariedade legislativa, na medida em que não autoriza, como pressuposto de impostos, a escolha de fatos que não sejam reveladores de alguma riqueza” (COSTA, 1995, p. 26).

valor que se dá à base econômica fonte de tributação) e o cálculo do montante devido, alcançado, geralmente, por meio da aplicação de uma alíquota à base de cálculo apurada.

Dogmaticamente, a base de cálculo é uma perspectiva dimensional da situação materialmente tributada, uma expressão econômica mensurável e elencada pela lei que fornece um critério para quantificar o montante pecuniário devido. Conforma um padrão, critério ou unidade de referência para medir o fato tributário, e consiste numa prescrição legal que possibilita a quantificação da grandeza financeira do fato tributário. É um "fundamento para calcular", "apoio para contar", "estimar" ou "avaliar", que exprime o critério para a realização de uma operação (ou de combinação de operações) sobre números que determinará a grandeza do tributo devido (BARRETO, 1998, p. 51-52) 24.

Nesses termos, não há maiores dificuldades em estipular normativamente como base de cálculo do IPTU o valor de venda do bem imóvel no mercado, o que, na prática, pode esbarrar na dificuldade de dimensionar adequadamente o preço de um bem dessa natureza.

Diante da impossibilidade material de avaliar adequadamente o preço de cada bem imóvel que se encontra no perímetro urbano ou urbanizável, os Municípios se utilizam de Plantas Genéricas de Valores para arbitrar a base de cálculo do imposto, socorrendo-se de parâmetros como área do terreno, topografia, área das construções, localização, estado de conservação, uso da construção, número de pavimentos, idade, vias de acesso, disponibilidade de serviços públicos, vizinhança, características da região, entre outros elementos que refletem no valor da unidade imobiliária.

No caso do ITR, o CTN prescreve que a base de cálculo é o valor fundiário, que é alcançado por meio de complexas operações indicadas pela Lei Federal 9.393/96: a base tributável é o "valor da terra nua tributável" (VTNt), obtido pela multiplicação do valor da terra nua (VTN – que corresponde ao preço do imóvel subtraídos dos valores relativos a todo tipo de construção e plantações promovidas) pelo quociente entre a área tributável (a área total do terreno subtraída das áreas cobertas de florestas e de preservação, reservas e interesse ambiental, etc.) e a área total.

Por seu turno, a alíquota é uma fração, uma quota, uma parcela, contada em geral sob a forma de porcentagem sobre a base de cálculo. É uma relação existente entre a base de cálculo e a dívida tributária, um fator a ser aplicado à base de cálculo para indicar uma

24 Sinteticamente "base de cálculo é a definição legal da unidade de medida, constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários. Consiste em critério abstrato para medir os fatos tributários que, conjugado à alíquota, permite obter a dívida tributária" (BARRETO, 1998, p. 53).

proporção a ser tomada em relação a essa mesma base²⁵. A alíquota é o indicador da proporção a ser tomada com apoio na base de cálculo, “no plano da aplicação da lei, é o fator que deve ser conjugado à base calculada para obtenção do objeto da prestação tributária” (BARRETO, 1998, p.59).

Dessa forma, o valor da obrigação tributária, do crédito estatal, é obtido por meio da combinação dos critérios numérico-quantitativos fornecidos pela base de cálculo e pela alíquota. Esses dois elementos relacionam-se de forma que a alíquota é aplicada sobre a base de cálculo para que se obtenha o montante de tributo devido.

A base de cálculo é uma grandeza ínsita à “coisa” tributada, ao passo que a alíquota “é uma ordem de grandeza exterior, que o legislador estabelece normativamente e que, combinada com a base imponible, permite determinar o *quantum* do objeto da obrigação tributária” (ATALIBA, 2002, p. 116)²⁶.

As alíquotas, enquanto representação quantitativa da prestação tributária, e em razão da variação que possam apresentar (geralmente conforme a mudança do valor da base de incidência), podem apresentar um comportamento progressivo, proporcional ou regressivo.

Será progressiva a alíquota que crescer na medida em que cresce a base de cálculo, proporcional se se mantém a mesma para todas as perspectivas dimensionais tributáveis que se apresentam, e regressiva se decresce na medida em que cresce a base de cálculo; ou vice-versa: será progressiva se a alíquota declina conforme descesse a base, será regressiva na medida em aumenta-se a alíquota em razão da diminuição da base de cálculo.

No campo da fiscalidade, mais do que um modo de comportamento de alíquotas, a técnica da progressividade consubstancia um método de alcançar a equidade vertical, sendo identificado com a gradação tributária informada pela capacidade contributiva, por ditar uma imposição de alíquotas diversas, crescentes segundo o crescimento da base de cálculo.

²⁵ Essa é a conceituação traçada por Aires Barreto, que critica a definição de alíquota como parcela, parte, fatia, pedaço que o Estado toma da base de cálculo – “quota (fração), ou parte da grandeza contida no fato imponible que o estado se atribui” (ATALIBA, 2002, p. 114) –, que prefere realocá-la como relação existente entre a base de cálculo e a dívida tributária, como fator a ser aplicado à base de cálculo que indica uma proporção a ser tomada em relação a essa mesma base (BARRETO, 1998, p. 56-57).

²⁶ “A aplicação da lei fixa e qualifica uma grandeza da coisa e permite estabelecer a base calculada. Sobre esta aplica-se outra grandeza, exterior a ela, a alíquota, número fixado na lei. A combinação das duas permite a individualização do débito, ou seja, fixação do *quantum* devido em cada caso concreto” (ATALIBA, 2002, p.117).

Com efeito, o princípio de igual tratamento dos contribuintes pelo Estado dá ensejo às ideias de equidade horizontal – a exigência de igual tratamento de pessoas que se encontram em uma mesma posição econômica relativa, sujeitando de igual foram e invariavelmente todos àqueles que se enquadram na descrição normativa, vedando qualquer discriminação não contemplada no mandamento legal²⁷ – e equidade vertical – a exigência de justiça quanto ao tratamento tributário de pessoas em posições econômicas relativas diversas.

Essa noção vem contemplada no texto constitucional no princípio da capacidade contributiva, positivado na sessão dos princípios gerais do sistema tributário nacional, no parágrafo primeiro do artigo 145 do texto constitucional, que determina que *sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*, que traça uma orientação de igual consideração dos cidadãos por parte do poder político tributante e impõe à atuação estatal uma diferenciação das pessoas para fins tributários em razão das riquezas que manifestem.

O princípio da capacidade contributiva encerra também um postulado de igualdade que diz respeito à possibilidade material de suportar a imposição estatal segundo a capacidade econômica da pessoa, de acordo com o volume de recursos que detém, determinando a cobrança de tributos de acordo com a capacidade de pagar, de acordo com os haveres de cada um. Ou seja, em que as diferentes capacidades de arcar com o ônus tributário são uma função da riqueza, sendo inclusive o critério de igualdade vertical expressamente adotado no parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição como princípio geral para a gradação dos impostos.

Em vista do comprometimento do Estado brasileiro com uma democracia materialmente mais igualitária, que privilegia a justiça social da ação público-estatal, vislumbra-se que a capacidade contributiva constitucionalmente prevista privilegia um princípio de *igualdade de sacrifícios proporcionais*, segundo o qual, quanto maior a riqueza, e por consequência o nível de bem-estar social, maior a carga tributária a ser suportada, maior o sacrifício real a ser imposto, exigindo-se mais de quem tem mais, proporcionalmente à riqueza, em vista das posições econômicas relativas em que cada

²⁷ Assim, por exemplo, na Constituição, na sessão destinada às limitações do poder de tributar, o artigo 150 inciso II veda aos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), entre outras garantias asseguradas aos contribuintes, instituir tratamento desigual entre aqueles que se encontram em situação equivalente, e proíbe qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Igualmente, o inciso I do artigo 151 veda à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação aos demais entes da federação.

pessoa se encontra²⁸, o que pode ser obtido por meio de uma imposição de alíquotas progressivas.

Por certo, “a progressividade é um instrumento técnico e também princípio, na dicção constitucional, que conduz à elevação das alíquotas à medida que cresce o montante tributável, indicativa da capacidade econômica do contribuinte” (COELHO, 2003, p. 182).

Uma tributação progressiva adequa-se o princípio da igualdade, pois “realmente, aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, pois só assim estará sendo igualmente tributado” (MACHADO, 2005, p. 58).

Em uma perspectiva arrecadatória, a técnica faz com que quem detenha maior riqueza arque “efetivamente mais pelos serviços públicos em geral, em favor daqueles que pouco ou nada possuem e, portanto, não podem pagar” (COSTA, 1995, p. 74).

Segundo um esquema de tributação igualitário e preocupado com a justiça social, além de se voltar para a construção de um conjunto de diferentes alíquotas de forma progressiva, deve se atentar também para a progressividade da carga tributária²⁹, de forma que cobre menos de quem tem menor capacidade contributiva e mais de quem tem maior capacidade, dispensando, efetivamente, adequado tratamento tributário proporcional à capacidade econômica de cada um.

O texto vigente da Constituição prevê de forma expressa apenas os impostos de renda, territorial rural e predial e territorial urbano progressivos. Particularmente quanto ao ITR, a previsão de progressividade o é como instrumento de reforma agrária, de sorte que o imposto seja progressivo para desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, I), enquanto o IPTU é utilizado como instrumento de política

²⁸ Liam Murphy e Thomas Nagel, em um exame crítico do quadro usual de representação da igualdade segundo o qual pessoas que se encontram em mesmas situações devam arcar com iguais ônus e que pessoas em situações diferentes devam arcar com ônus diferentes, apresentam o benefício e a capacidade contributiva como dois critérios segundo os quais a equidade tributária vertical é tradicionalmente tratada da teoria da tributação. Para uma análise mais detida sobre o tema e os desdobramentos da capacidade contributiva segundo o *talento pessoal*, a *igualdade de sacrifícios absolutos* e a *capacidade de sacrifícios proporcionais*, ver MURPHY; NAGEL, 2005, p. 16-52.

²⁹ Tão cara para o ideário de justiça quanto o comportamento das alíquotas é o comportamento da carga tributária, que mantém pertinência com a distribuição dos ônus tributários. A carga tributária é alcançada pelo quociente do montante de tributos pagos em relação ao valor da renda que a pessoa desfruta (divisão do montante que se paga de tributos pelo valor da base tributada). Da mesma forma que para a alíquota, a carga tributária será proporcional quando seu percentual for constante, independentemente da variação da riqueza da pessoa, regressiva quando seu percentual diminuir na medida em que a renda cresce, e progressiva na medida em que o percentual aumentar com o incremento da renda. Para uma explicação objetiva da questão, com exemplos matemáticos. Ver LAGEMANN, 2012, p.66-69.

urbana, devendo ser progressivo no tempo em razão da desídia do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado em lhe promover adequado aproveitamento nos termos do Plano Diretor do Município. Além dessas possibilidades, desde a Emenda Constitucional nº 29 de 2000, passou-se a ter explicitamente também a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel e a seletividade³⁰ de alíquotas de acordo com a localização e utilização do bem.

Não obstante a previsão expressa de progressividade apenas para três impostos do sistema, tal técnica é instrumento de equidade vertical, sendo, por esse motivo, prescindível menção expressamente na Constituição para que qualquer imposto seja estruturado de forma progressiva, tendo em vista que a progressividade é uma decorrência do princípio da capacidade contributiva. Com efeito, com fundamento na capacidade econômica pessoal, a progressividade é possível de ser atribuída a todos os impostos, e se o constituinte a previu expressamente para alguns deles, o fez para lhes destacar uma característica fundamental ou para ressaltar a sua utilização extrafiscal (COSTA, 1995, p. 93)³¹.

Porém, a tributação progressiva sobre o patrimônio encontra resistência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir de debates a respeito dos impostos sobre a propriedade imobiliária, que, segundo a Corte, são impostos de natureza real, pretensamente incompatíveis com a técnica da progressividade.

Na década de 70, por exemplo, a Corte Constitucional sumulou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da fixação de adicional progressivo IPTU em função do número de imóveis do contribuinte³², já no ano de 2003 foram editados enunciados sumulares a respeito da inconstitucionalidade da progressividade do IPTU e do ITBI em

30 A seletividade neste caso é uma técnica de tributação que parte do processo de comparação de condições, situações ou circunstâncias, determinando uma tributação diferenciada em razão de um juízo de valor a respeito desses elementos ou de uma característica socialmente relevante. Tem aplicação principalmente nos dois impostos sobre o consumo mais importantes no sistema tributário brasileiro, o IPI e o ICMS, para os quais a Constituição prescreve uma variação de alíquotas que onere menos os bens de primeira necessidade e maior essencialidade, e imponha um ônus tributário maior àqueles não imediatamente ligadas à subsistência ou supérfluos.

31 Em sentido contrário, Cristiano Carvalho entende que a progressividade só é legítima para os impostos em que a constituição expressamente adota a técnica, tendo em vista a demarcação da competência tributária e o princípio ontológico de direito público de limitação da ação estatal ao que estiver expressamente autorizado - "tudo o que não for permitido é proibido". Segundo entende, o princípio da capacidade contributiva apenas proíbe os impostos fixos, não sendo uma cláusula geral a abrir o sistema para a progressividade. (ver CARVALHO, 2005, p. 374-379).

32 Súmula 589: É inconstitucional a fixação de adicional de progressividade do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte.

razão do valor venal do imóvel³³. Na última década, porém, o tribunal promoveu um giro jurisprudencial e afirmou a constitucionalidade da progressividade de tributos de natureza real, prestigiando o princípio da capacidade contributiva, no julgamento do Recurso Extraordinário 562045/RS, julgado em fevereiro de 2013, no qual se reconheceu a constitucionalidade das alíquotas progressivas do ITCMD do Estado do Rio Grande do Sul.

4. Impostos reais e pessoais e a insuficiência da classificação para efeitos tributários

A classificação de um imposto como sendo de natureza real se dá em oposição à natureza pessoal que possa apresentar. A divisão entre impostos reais e pessoais está ancorada na intenção de se levar em conta ou não na obrigação tributária qualidades pessoais do contribuinte na quantificação do encargo fiscal: se for considerado na apuração do tributo tão somente o objeto tributado, o fato gerador da obrigação, diz-se tratar-se de um tributo real; sopesando-se as condições pessoais do contribuinte na apuração do tributo devido, diz-se tratar-se de tributo pessoal.

Segundo Geraldo Ataliba, a classificação de impostos em reais e pessoais estaria na maior ou menor influência do aspecto material ou do aspecto pessoal da hipótese de incidência na estrutura do imposto: impostos reais seriam aqueles em que as condições pessoais do sujeito não são consideradas no aspecto material da hipótese de incidência, que se limita a descrever uma situação, independentemente da condição jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária e suas qualidades, ao passo que nos impostos pessoais levam-se em consideração certas qualidades do sujeito no aspecto material da hipótese de incidência³⁴.

33 Súmula 656: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel.

Súmula 668: É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

34 "São impostos reais aqueles cujo aspecto material da h.i. limita-se a descrever um fato, ou estado de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades. A h.i. é um fato objetivamente considerado, com abstração das condições jurídicas do eventual sujeito passivo; estas condições são desprezadas, não são consideradas na descrição do aspecto material da h.i. (o que não significa que a lei não tenha aspecto pessoal; tem, porém este é indiferente à estrutura do aspecto material ou do próprio imposto).

São impostos pessoais, pelo contrário, aqueles cujo aspecto material da h.i. leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos possíveis sujeitos passivos. Em outras palavras: estas qualidades jurídicas influem, para estabelecer diferenciações de tratamento legislativo, inclusive do aspecto material da h.i.. Vale dizer: o legislador, ao descrever a hipótese de incidência, faz refletirem-se decisivamente, no trato do aspecto material, certas qualidades jurídicas do sujeito passivo. A lei, nestes casos, associa tão

Contudo, como o próprio autor reconhece, a conexão entre aspecto material e pessoal é próxima de tal ordem, “que não se pode cuidar de um, com abstração do outro” (“não se pode considerar a propriedade imobiliária com abstração do proprietário, nem a renda, sem a pessoa que a recebe, etc.”), de modo que a classificação entre impostos pessoais e reais repousaria justamente na tônica da lei em dar maior ênfase a um ou outro aspecto para efeito de modular o montante do tributo (ATALIBA, 2002, p. 107).

De forma semelhante, Luciano Amaro distingue a classificação de impostos pessoais e reais na predominância de características subjetivas ou objetivas no fato gerador, “se o tributo leva em consideração aspectos pessoais do contribuinte (nível de renda, estado civil, família etc.), ele se diz pessoal; real será o tributo que ignorar esses aspectos” (AMARO, 2012, p. 111).

Identifica-se na doutrina, ainda, a distinção de impostos pessoais e reais com base no intuito de que o tributo recaia nas pessoas ou nas coisas, ou seja, “impostos pessoais seriam aqueles que incidissem sobre as pessoas, e reais os que incidissem sobre as coisas” (COELHO, 2003, p. 14), ou, em outra fórmula, impostos pessoais referir-se-iam a pessoas, e impostos reais a coisas (CARRAZA, 2010, p. 542).

De toda sorte, a interconexão necessária e insuperável entre a realidade econômica que se quer tributar e a pessoa que se encontra em relação com a materialidade da hipótese normativa torna a classificação despicienda, posto que é impossível cogitar-se da materialidade de um fato econômico abstraindo-se do contribuinte. Assim, “juridicamente, todos os impostos são pessoais, na medida em que o contribuinte é sempre uma pessoa”, pois em toda relação jurídica, e notadamente no caso da relação impositiva tributária, só podem figurar pessoas, e nunca coisas (CARRAZA, 2010, p. 542). Todos os impostos são pagos por pessoas, e mesmo os impostos sobre o patrimônio atingem o proprietário, e não a coisa em si (COELHO, 2003, p. 14).

Ademais, a capacidade contributiva e a pessoalidade prescritas no artigo 145 da Constituição têm por escopo estruturar justamente um modelo de incidência que adeque o gravame fiscal às condições econômicas pessoais do contribuinte, sempre que este objetivo for possível, quantificando o imposto devido de acordo com a posição econômica relativa do indivíduo³⁵, tendo em vista que sempre uma pessoa é que figurará no polo passivo da obrigação tributária e que arcará com o ônus tributário.

intimamente os aspectos pessoal e material da h.i. que não se pode conhecer este sem considerar concomitantemente aquele.” (ATALIBA, 2002, p. 141-142)

³⁵Advertidamente “é óbvio que não se pretende definir na lei o imposto de cada pessoa, mas sim estruturar o modelo de incidência de tal sorte que, na sua aplicação concreta, tais ou quais características

Na perspectiva da capacidade contributiva e no viés da pessoalização constitucionalmente estabelecidas, todo imposto *deve ser* pessoal. Deste modo, classificar um imposto em real ou pessoal não traz maiores consequências no que toca à progressividade, na medida em que tal classificação apenas indica se para um tributo qualquer prepondera a materialidade da situação objeto de tributação ou se se leva em consideração o contribuinte e suas condições particulares.

Dimensionado dessa maneira, inexistente critério jurídico para classificar os impostos em reais e pessoais. E ainda que se insista na classificação, mesmo os impostos tidos por reais podem ser modulados pela capacidade contributiva e pautados por critérios de personalização que os adequem à situação econômica individual do contribuinte.

A pretensão de se ter uma tributação guiada pela pessoalização dos impostos e estruturada em termos de capacidade contributiva poderia encontrar óbice na repercussão econômica de determinados tributos, classificados como indiretos, nos quais o encargo financeiro e o ônus tributário são repassados e suportados por terceiros (contribuintes de fato) que não o contribuinte (contribuinte de direito)³⁶, atingindo indistintamente o consumidor final, que será onerado independentemente de suas condições pessoais.

Porém, os tributos indiretos, que são identificáveis essencialmente como tributos incidentes sobre o consumo, devem operar segundo uma lógica de seletividade de alíquotas e de não cumulatividade, que são expedientes que prestigiam o princípio da capacidade econômica ainda que pontualmente existam entraves em se considerar as condições pessoais do indivíduo (COSTA, 1995, p.54).

Destarte, inexistente disposição constitucional que proíba a progressividade de impostos sobre o patrimônio ou qualquer sorte de impostos, mas pelo contrário, a Constituição preza de forma clara pela adequada discriminação tributária assentada na capacidade contributiva e na pessoalização, que encontram na progressividade uma técnica adequada para a efetivação da igualdade tributária em uma dimensão vertical.

5. Conclusão

A Constituição declina a progressividade do ITR de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas, enquanto determina o IPTU progressivo no

dos indivíduos (número de dependentes, volume de despesas médicas etc.) sejam levadas em consideração para efeito de quantificação do montante do imposto devido em cada situação concreta.” (AMARO, 2012, p. 165)

³⁶ É nessa esteira, por exemplo, que Sasha Calmon coloca o caráter pessoal indicado pela constituição como o desejo de que a pessoa seja tributada por suas características pessoais, pela sua capacidade contributiva, sem possibilidade de repassar, transferir, repercutir o encargo tributário a terceiros (COÊLHO, 2003, p. 14).

tempo em razão da desídia do proprietário em promover adequado aproveitamento do solo nos termos do Plano Diretor do Município, além da progressividade em razão do valor do imóvel e a seletividade de alíquotas de acordo com a localização e utilização do bem.

Não obstante a previsão expressa no texto Constitucional tão somente para essas formas de estruturação de alíquotas, com base em política e técnica tributárias equitativas, a progressividade decorre do princípio da capacidade contributiva, não havendo necessidade de disposição constitucional expressa para que um sistema tributário impositivo justo procure adequar o grave fiscal às condições pessoais do contribuinte por meio de alíquotas progressivas.

Em um sistema afinado com uma distribuição equitativa dos ônus tributários, uma situação elencada como hipótese de incidência só representa adequadamente uma métrica de tributação se não tomada isoladamente, mas sim em conjunto com outras dimensões da riqueza individual que também denotem capacidade contributiva. É nesse viés que a Constituição determina que os impostos sejam pautados por critérios de personalização e que serão adequados à situação econômica concreta da pessoa.

Prescinde-se de previsão constitucional para que qualquer tributo seja estruturado de forma pessoal, bem como inexistente qualquer óbice na Constituição à gradação progressiva de qualquer imposto do sistema brasileiro. Pelo contrário, a progressividade é compatível com os princípios da capacidade contributiva e da pessoalização previstos no artigo 145 da Constituição Federal, em última análise, conspectivos da igualdade.

Tendo em vista que as bases imponíveis dos impostos discriminados na Constituição são essencialmente situações econômicas que permitem identificar o contribuinte e sua condição econômica particular, conclui-se que todos os impostos são permeáveis aos ideais de capacidade contributiva e pessoalização, sendo a progressividade um importante instrumento de se operar resultados sociais mais justos na tributação brasileira.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

BALEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

BARRETO, Aires F. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998

BARRETO, Aires F. **Imposto predial e territorial urbano – IPTU**. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). Curso de direito tributário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 947-985

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 14 out. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14 out. 2023

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

COÊLHO, Sasha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Forense, 2003

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995

FRANCISCO, José Antonio; PELLEGRINA, Marcello Jorge. **O imposto sobre a Propriedade Territorial Rural**. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). Curso de direito tributário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 667-689

LAGEMANN, **Tributação: seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios**. In GASSEN, Valcir (organizador). Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira – Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 51-70

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005

MUSGRAVE, Richard Abel. **Teoria das Finanças Públicas: um estudo de economia governamental**. 1º volume. Tradução de Auripebo Berrance Simões. São Paulo: Atlas, 1976

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

INTERVENÇÃO SUPRESSIVA DO ESTADO NA PROPRIEDADE: DESAPROPRIAÇÃO E INSTITUTOS RELACIONADOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

SOPHIA DE MOURA LEITE:

Advogada (OAB/RJ 211.301), Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

RESUMO: O objetivo do presente artigo é, em conjunto com o estudo e compreensão de alguns dos recentes julgados dos Tribunais Superiores, fazer observações sob o aspecto material e legal acerca do instituto da desapropriação e de atos-fatos a ele relacionados, com base na jurisprudência e doutrina atual que debate o referido tema. Busca-se, pois, a análise das consequências das decisões que tratam da intervenção do Estado na propriedade privada, a partir de considerações também conceituais sobre institutos relacionados.

Palavras-chave: Desapropriação ordinária. Desapropriação indireta. Retrocessão. Tredestinação. Supremacia do Interesse Público.

ABSTRACT: *This study aims to analyze, by the understanding of some of the recent Superior Courts decided cases, observations of legal aspects about the institute of expropriation and acts-facts related to it, based on the jurisprudence and current doctrine that debates the referred theme. Therefore, the aim is to analyze the consequences of decisions that deal with State intervention in private property, based on conceptual considerations about related institutes.*

KEYWORDS: *Ordinary expropriation. Indirect expropriation. Retrocession. Tredestination. Supremacy of the Public Interest.*

SUMÁRIO: Introdução. Considerações iniciais sobre o instituto da desapropriação. Análise da Desapropriação Indireta. Os institutos da Tredestinação e da Retrocessão. Impacto orçamentário financeiro da medida expropriatória.

INTRODUÇÃO

O cenário contemporâneo demonstra a diária evolução principiológica do Direito Administrativo, e, nessa perspectiva, o tema da intervenção do Estado na propriedade, o qual tem relação direta com a supremacia do interesse público, também merece sentir os efeitos desses avanços.

Partindo-se da ideia de que o princípio da supremacia do interesse público sob o privado, considerado pela doutrina clássica administrativista como um princípio implícito,

exerce função basilar no regime jurídico administrativo, analisando-o em conjunto com o princípio da indisponibilidade do interesse público, verifica-se a formação, de um lado, de uma garantia e, de outro, de uma barreira restritiva da atuação administrativa.

Essa prerrogativa em busca da realização dos interesses da coletividade permite à Administração Pública impor aos administrados determinadas condutas em razão da tão conhecida prevalência do interesse público sobre o privado. Ressalta-se que, nesse contexto, a referência se atém ao chamado interesse público primário, isto é, aqueles que dizem respeito às finalidades do próprio Estado, principalmente na efetivação de direitos fundamentais.

Como será mais detidamente analisado no presente artigo, a doutrina contemporânea vem fazendo críticas a essa concepção, a partir do entendimento de que não existiria tal prevalência de interesses, uma vez que, além de não haver previsão expressa na Constituição Federal da República, não há, necessariamente, uma exclusão, ou ainda, uma contraposição entre o público e o privado, devendo-se dar preferência a ponderação de interesses eventualmente em jogo.

Nesse contexto, surge o tema da intervenção do Estado na propriedade. A doutrina, em geral, considera que o gênero abarca duas espécies. A intervenção branda ou restritiva, aquela em que o Estado estabelece restrições condicionantes ao uso da propriedade, mas o particular permanece proprietário, quais sejam: a servidão administrativa, a requisição, a limitação administrativa, a ocupação temporária e o tombamento.

Já uma segunda espécie, chamada intervenção drástica ou supressiva, que comporta a desapropriação e suas modalidades, em que o Estado retira o bem da propriedade do indivíduo e, compulsoriamente, transfere-o para o seu próprio patrimônio, seja para adequá-lo à função social, seja para adaptá-lo à satisfação de um interesse público.

O presente trabalho pretende analisar os principais aspectos dessa forma de intervenção estatal na vida privada, abordando-se, ainda, o estudo da retrocessão, da trestinação e da desapropriação indireta, por serem institutos que alteram sobremaneira a vida dos administrados, mormente sob o aspecto da vida privada e do direito à moradia, sempre com fundamento em um "bem maior", qual seja, o interesse público.

Por fim, a partir do estudo de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, serão feitos comentários acerca da necessidade ou não de demonstração de impacto financeiro de forma anterior ao decreto expropriatório.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

Segundo Carvalho Filho³⁷, desapropriação é “o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”.

Já na perspectiva de Celso Antônio Bandeira de Mello ³⁸, ao conceituar o instituto, complementa-se ainda a partir da ideia de “sacrifício de direito imposto ao desapropriado”.

Trata-se, pois, de forma de intervenção drástica e supressiva do Estado na propriedade, pois o Estado retira o bem da propriedade do indivíduo, transferindo-o para o patrimônio do próprio Estado, visando a satisfação de uma necessidade pública.

É tida como forma de aquisição originária do bem pelo Estado, já que esse o adquire independentemente do consentimento do particular, compulsoriamente, ingressando no patrimônio do Estado de maneira livre e desembaraçada, isto é, sem gravames ou ônus reais. Como consequência, eventuais credores, por exemplo, deverão se subrogar no preço que o Estado pagar como forma de indenização.

Por sua natureza de procedimento administrativo, e, quase sempre, processo judicial, bem como diante de sua imperatividade, imperativa a verificação dos pressupostos que legitimam essa excepcional atuação estatal, diante da supressão de direitos fundamentais dos administrados.

Dessa forma, deve estar presente a utilidade pública, fundamentada na conveniência, de onde se extrai também a necessidade pública, de caráter emergencial, e o interesse social, que tem como função precípua a neutralização de desigualdades sociais. Por serem conceitos jurídicos indeterminados, a definição dessas hipóteses cabe às normas infraconstitucionais.

No que concerne à indenização, a regra é que seja prévia, justa e em dinheiro, conforme previsão expressa no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal³⁹, o qual foi

37 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, ed. Saraiva, 31ª edição, 2017, pg. 878

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 32ª edição, 2014, pg. 889

39 art. 5º, inc. XXIV, CF/88 - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

regulamentado pelo Decreto Lei nº. 3.365/41 (desapropriação por utilidade pública e necessidade pública), bem como pela Lei nº. 4.132/62 (desapropriação por interesse social).

Em havendo a necessidade de instauração de ação judicial, isto é, impossibilitado o acordo na fase administrativa, e instaurado o processo expropriatório, o Estado será condenado a realizar o pagamento do preço, por meio de precatório, procedimento constitucional para pagamentos de débitos oriundos de sentença condenatória contra a Fazenda Pública, feito em dinheiro, e respeitando-se a ordem cronológica.

Entretanto, poderá também o pagamento se dar em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas em até 10 anos. Essa modalidade ocorre nos casos de desapropriação efetúvel em nome da política pública urbana, de competência da municipalidade, em consonância com o art. 184, e regulamentada pela Lei 10.257/01, Estatuto da Cidade.

Essa modalidade expropriatória é também chamada Desapropriação Sancionatória Urbanística, sendo certo que sua aplicabilidade é de cunho apenas subsidiário.

Em outras palavras, só haverá esse tipo de desapropriação quando já instaurado o regime de parcelamento do solo ou edificação compulsória, bem como quando já tiver sido iniciada a cobrança de imposto territorial ou predial progressivo, como forma de alerta ao proprietário para que dê adequada função ao imóvel. Tão somente na hipótese de não lograr êxito a partir de tais medidas é que estará a Administração autorizada a dar início ao procedimento expropriatório na modalidade sancionatória.

Além disso, há ainda, a modalidade de desapropriação para fins de reforma agrária, a qual é de competência privativa da União, a qual tem como escopo alcançar latifúndios improdutivos e propriedades que, ainda que não tenha características territoriais que a definam como tal, sejam de propriedade de pessoa que coleciona propriedades improdutivas. Conforme dispõe Clóvis Beznos⁴⁰, essa modalidade de intervenção também se aproxima de um caráter punitivo.

Cabe mencionar, por fim, a modalidade confiscatória prevista no art. 243 da Carta Magna⁴¹, sendo certo que a natureza jurídica de confisco está diretamente relacionada à

⁴⁰ Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 115.

⁴¹ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

inexistência de indenização, seja prévia ou póstuma. Essa é a principal característica dessa espécie expropriatória e se dá justamente pelo motivo que origina a perda da propriedade. São casos em que no imóvel são localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, ou, então, a exploração de trabalho escravo.

Quanto ao tema, a Suprema Corte vem exarando importantes decisões. Em dezembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal⁴² passou a entender que a expropriação prevista no art. 243 poderá ser afastada desde que o proprietário, sob o qual recai o ônus da prova, consiga se desincumbir do aludido ônus, provando-se, pois, que não incorreu em culpa, mesmo que *in vigilando*, ou seja, pela falta de atenção ou fiscalização em procedimento realizado por outrem, ou culpa *in eligendo*, isto é, na má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato.

Entendeu ainda a Suprema Corte que, em havendo o cultivo de plantas psicotrópicas ilegais, expropriar-se-á toda a propriedade envolvida na atividade ilícita, e não somente a área específica do cultivo ou exploração.

Fase importante do procedimento administrativo é a imissão provisória na posse, constante do art. 15 do Decreto Lei no. 3.365/4143. A importância dessa possibilidade que foi oportunizada pela legislação ao Poder Público está relacionada ao fato de que, em regra, a posse pelo poder público expropriante só ocorre ao final da ação, quando, fixado o preço da compensação, há o pagamento do precatório.

Porém, o legislador possibilitou o adiantamento do momento em que a posse do imóvel entra em poder da Administração Pública, permitindo, pois, que sejam iniciadas as obras e adequações necessárias ao fim a que se passa a destinar o bem.

Acerca desse relevante momento da ação de desapropriação, também se debruçaram os Tribunais Superiores. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp no. 1930735-TO, de Relatoria da Ministra Regina Helena Costa, julgado em 28/02/2023, entendeu que “a ausência do depósito previsto no art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 para o deferimento de pedido de imissão provisória na posse veiculado em ação de desapropriação por utilidade pública não implica a extinção do processo sem resolução do mérito, mas, tão somente, o indeferimento da tutela provisória.”

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

42 RE 635336, STF

43 Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

Trata-se, como é de se notar, de decisão que vai ao encontro do novo espírito do Direito Processual Civil moderno, calcado no princípio da primazia do julgamento do mérito, afastando-se hipóteses de extinções processuais desnecessárias, mormente quando se está diante de ação proposta por entes federativos e, ao menos em tese, em busca da tutela do interesse público.

2. ANÁLISE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Apesar da constante confusão, em que a nomenclatura “desapropriação indireta” dá ensejo à equivocada conclusão de que refere-se a mais uma modalidade expropriatória, cumpre diferenciar o instituto das demais espécies supranalisadas por ser mero ato administrativo - ou fato, como defende a doutrina do professor Carvalho Filho.

Em regra, o Estado deve respeitar o devido processo legal. Em breve síntese, esse é caracterizado por um procedimento, o qual é iniciado por um decreto expropriatório, baixado pelo Chefe do Executivo. Individualiza-se, então, o bem que será desapropriado com base no interesse público, e, após, oferece-se um valor ao proprietário do bem. Havendo acordo, há uma desapropriação amigável, em âmbito meramente administrativo. Caso contrário, em não havendo a concordância do particular (não quanto ao ato expropriatório em si, pois é indiscutível o mérito da utilidade pública) quanto ao valor indenizatório, o Estado propõe ação judicial de desapropriação, com perícia, sentença, trânsito em julgado.

A desapropriação indireta, por sua vez, é, muitas vezes, parte de um ato que pode ser tido como abusivo, e parte da própria Administração Pública, a qual nega observância às formalidades do procedimento, havendo doutrina que entenda caracterizar verdadeiro esbulho não só com anuência estatal, mas feito pelo próprio ente. Isto é, aquele que deveria zelar pelo primor procedimental e o respeito às regras, por vezes, burla a regra por ele mesmo criada e anui com tal tipo de comportamento.

É esse o caso da desapropriação indireta. É a própria Administração, com fundamento no art. 35 do Decreto Lei 3.665/194144, que, pela teoria do fato consumado, atropela qualquer nulidade advinda do desrespeito ao procedimento. Entretanto, diante da impossibilidade de reversão, resta ao particular postular indenização em ação própria.

A relevância desse ato de expropriação indireta é sua relação com o objeto do instituto em si. Quando se questiona o que pode ser desapropriado pelo Poder Público,

44 Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

conclui-se que todo e qualquer bem e direito que sejam valorizados economicamente podem ser desapropriados pela Administração, desde que respeitada a razoabilidade e a proporcionalidade.

Em um polo extremo, não se pode permitir, no entanto, que o Estado substitua seus instrumentos jurídicos clássicos de aquisição de bens e serviços, tais como o contrato de compra e venda, para atuar a partir de desapropriações.

Em outros termos, se o Estado estiver em condições de adquirir determinado bem, serviço ou direito no mercado, após prévia licitação, como determina a Carta Magna, por vias ordinárias de contratação, não deve fazer uso da intervenção drástica.

Só se pensa em desapropriação quando o Estado não detiver condições de contratar ou adquirir determinado bem no mercado. Lembra-se que tal modalidade de intervenção estatal já é tida como drástica, devendo ser evitada, sempre que possível.

Não bastasse esse "autoritarismo", a ação judicial que resta ao particular para tentar reaver a quantia perdida em face do Estado possui limitações argumentativas. Isso porque o particular, quando apresenta sua contestação, não poderá alegar toda e qualquer matéria de defesa, conforme artigos 9º e 2045 do Decreto-Lei nº.3.365/41, restringindo-se a discutir vícios processuais e preço.

Identifica-se na doutrina, diante da violação à direitos fundamentais, vozes no sentido da não recepção pela Constituição de 1988 dos referidos dispositivos, por violarem o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, entendendo que os art. 9º e 20 não teriam sido recepcionados pela Constituição - por todos, a doutrina do ilustre Professor Marçal Justenfilho.

Apesar disso, o STF, em consonância com a doutrina majoritária, entende que essas restrições são constitucionais e o fato de o réu não poder alegar tudo o que quer na contestação, não impede que o faça em ação autônoma. Aqui, o legislador somente quis adotar um rito mais célere, em prol do interesse público, como espécie de contraditório diferido, valendo a literalidade dos dispositivos.

Por todo o exposto, causa, no mínimo, certa estranheza o fato de o instituto da desapropriação indireta, a qual não respeita o rito legal, ser, ainda no pós-1988, legítimo. Como visto, a própria desapropriação, quando respeitadas as fases de notificação do particular na fase declaratória, com posterior fase executória e, eventual ação judicial, já é

45Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

medida excepcionalíssima e com hipóteses taxativas em lei. O desrespeito procedimental a um instituto que, mesmo quando previsto em lei, já deveria ser excepcional, por tangenciar violação a direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, não deveria ser aceito.

3. OS INSTITUTOS DA TREDESTINAÇÃO E DA RETROCESSÃO

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, tredestinação é “destinação desconforme com o plano inicialmente previsto”. Nome para desvio de finalidade na desapropriação. Tal desconformidade pode ser lícita ou ilícita.

Será ilícita quando a Administração Pública transferir à terceiro o bem desapropriado ou praticar desvio de finalidade, desistindo de seus fins administrativos iniciais, e atendendo interesse que não é sequer público. Já a tredestinação lícita, admitida pela doutrina, jurisprudência e em conformidade com o art. 519 do Código Civil de 2002⁴⁶, é aquela em que o Poder Público desvia-se tão somente do interesse público inicial, mas acaba por atender, com o mesmo bem objeto da desapropriação, outro interesse público.

Cabe comentar que a demora na utilização do bem sempre foi objeto de controvérsia doutrinária, com extrema relevância prática. Isso porque, enquanto alguns autores entendiam pela delimitação de um prazo máximo para que fosse considerada a desistência do Poder Público, outros entendem que a mera inação do ente expropriante não gera, por si só, uma presunção de desistência.

Tudo isso influencia diretamente em outro instituto: a retrocessão. Trata-se de direito real (para alguns, ainda, direito pessoal⁴⁷) do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, o qual foi tredestinado ilicitamente.

Atualmente, resta consolidado o direito do proprietário de reaver e não só de pleitear perdas e danos, como anteriormente entendia-se. Dessa forma, as soluções para os casos de desvio de finalidade do bem devem respeitar o direito de preferência, alternativamente e à escolha do ex-proprietário, podendo esse optar pelo bem em si, ou pelas perdas e danos.

46 Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, ed. Saraiva, 31ª edição, 2017, pg. 947

Quanto à desistência da desapropriação, dessa vez não pela não utilização do bem, mas de forma expressa, o STJ no REsp 1.368.773-MS, entendeu que é ônus do expropriado provar a existência de fato impeditivo do direito de desistência da desapropriação.

Senão vejamos:

“A questão consiste em determinar a quem incube o ônus da prova da impossibilidade de restauração do imóvel ao estado anterior a fim de obstar o exercício do direito de desistência da desapropriação.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é possível a desistência da desapropriação, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que ainda não tenha havido o pagamento integral do preço e o imóvel possa ser devolvido sem alteração substancial que impeça que seja utilizado como antes.

O raciocínio é o de que, se a desapropriação se faz por utilidade pública ou interesse social, uma vez que o imóvel já não se mostre indispensável para o atingimento dessas finalidades, deve ser, em regra, possível a desistência da desapropriação, com a ressalva do direito do atingido à ação de perdas e danos.

A partir do julgamento do REsp 38.966/SP, surgiu uma hipótese de impossibilidade de desistência da desapropriação. Se for demonstrado que não há condição de o bem ser devolvido no estado em que recebido ou com danos de pouca monta, não se admitirá a desistência. Nesse ponto, por ser a desistência a regra, contra ela pode ser alegado fato impeditivo, cujo ônus é do expropriado a prova de sua existência.

Trata-se de aplicação da tradicional regra que vinha consagrada no art. 333, II, do CPC/1973. Ela, aliás, vem repetida no art. 373 do CPC/2015. Ademais, a Constituição, no seu art. 5º, XXIV, dispõe que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social”. Obrigar o poder público a ficar com um bem de que não precisa certamente não atende nenhuma dessas finalidades, mas apenas o interesse particular do expropriado.

Da mesma forma, inverter o ônus da prova em detrimento do ente público viola a cláusula do devido processo legal, estabelecida no art. 5º, LIV, da Constituição”.

Assim, constata-se que o Supremo Tribunal Federal fixou como marco temporal para impossibilidade, pelo ente federativo de desistir da desapropriação não o encerramento do processo judicial, com o trânsito em julgado, mas o pagamento do preço.

4. IMPACTO ORÇAMENTÁRIO FINANCEIRO DA MEDIDA EXPROPRIATÓRIA

Conforme supramencionado, é direito do administrado, expropriado de seu imóvel de forma compulsória pelo Poder Público, o direito à indenização prévia e justa, de maneira a compensar os prejuízos pela perda da propriedade suportados em benefício da coletividade.

Ocorre que, nos últimos anos, verificou-se uma prática recorrente por parte dos entes federativos, os quais, sem qualquer planejamento orçamentário e financeiro, passaram a declarar a utilidade pública para fins de desapropriação sem, contudo, apresentar a adequação do orçamento para tanto.

Apesar disso, o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2000), em seus parágrafos e incisos, de forma expressa, determina como condição prévia para a desapropriação de imóveis urbanos constante do art. 182 da Constituição Federal, sejam as ações governamentais que acarretem aumento de despesas acompanhados de: “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”.

E, na compreensão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸ essa análise antecipada das repercussões dos atos expropriatórios sobre as finanças públicas vai ao encontro dos deveres de responsabilidade e de planejamento da gestão fiscal, previstos no parágrafo 1º, do art. 1º, da Lei Complementar nº. 101/2000⁴⁹. Senão vejamos:

“(...) buscando equacionar o descompasso entre a normatividade constitucional e a realidade empírica, o art. 16, caput, I e II, e § 4º, II,

⁴⁸ RESP 1930735-TO, REL. Min. Regina Helena Costa, julgado em 20/2/2023.

⁴⁹ Art. 1º (...)

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

da Lei de Responsabilidade Fiscal passou a condicionar a validade das desapropriações de imóveis urbanos à prévia estimativa do impacto orçamentário-financeiro, bem como à declaração de compatibilidade das despesas necessárias ao pagamento das indenizações ao disposto no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual.

Tal regramento, além de estabelecer requisitos essenciais à regularidade das expropriações, tem por escopo, sob o prisma da responsabilidade na gestão fiscal, garantir a cobertura das despesas a serem suportadas pelos municípios mediante comprovação da existência de créditos suficientes ao custeio das indenizações, além de atribuir responsabilidades aos ordenadores de despesas caso apurada a incompatibilidade entre os gastos decorrentes da expansão da ação governamental e as leis orçamentárias.”

Ora, mas não é o próprio princípio da supremacia do interesse público que, em tese, legitima a intervenção drástica do Estado na propriedade particular? Como, então, esse mesmo interesse público poderia, ao fim e ao cabo, gerar riscos e desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas?

É sob essa perspectiva que o Superior Tribunal de Justiça entendeu, recentemente, que o descumprimento desse requisito formal nas petições iniciais de ações expropriatórias, em desrespeito a referida exigência fixada no art. 16, caput e § 4º, inc. II da Lei de Responsabilidade Fiscal, é capaz de invalidar o ato de desapropriação e, ainda, de caracterizar irregularidade da despesa destinada à indenização.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a jurisprudência vem avançando no tema, com decisões de relevância prática na seara da desapropriação, e quebrando, ainda que de forma paulatina, com a antiga visão clássica de que o “Estado tudo pode”, por representar o interesse público.

Nesse diapasão, vem sendo dado ao particulares ferramentas que possibilitam não ficar totalmente à mercê de decisões discricionárias dos entes públicos e administração indireta. Tal avanço representa não só um ganho privado, no que toca à esfera do proprietário expropriado, mas também e, principalmente, uma garantia de toda a coletividade de não ver seu direito fundamental à propriedade perdido sem justificativas plausíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 32ª edição, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, ed. Saraiva, 31ª edição, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, ed. Gen, 30ª edição, 2017.

BEZNOS, Clovis. Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação, ed. Forum, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 23/06/2023.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22/06/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.365**, 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22/06/2018.

BRASIL. **Lei 10.257**, 2001. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22/06/2023.

Site do Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.jus.br/SCON/>

Site do Supremo Tribunal de Justiça: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

O ACESSO À JUSTIÇA COMO COMPONENTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL

LAURIANE MATOS DA ROCHA:

Pós-Graduada em Acesso à Justiça e Defensoria Pública pela Faculdade CERS; graduada em Direito pela Universidade de Brasília; Analista Judiciária na Defensoria Pública do Distrito Federal.⁵⁰

Resumo: Este artigo busca, inicialmente, analisar se o direito ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, integra o conceito de direito ao mínimo existencial. A motivação para este estudo surge da observação de que, mesmo com a Defensoria Pública sendo reconhecida como instrumento garantidor do acesso à justiça, a efetividade desse direito é comprometida diante de um Poder Judiciário que nem sempre age em consonância com os princípios desse direito fundamental. No cotidiano, é comum encontrar exigências formais excessivas por parte de juízes, o que compromete a concretização do acesso à justiça. A pesquisa aborda a evolução do conteúdo do direito ao acesso à justiça até os dias atuais, bem como as obrigações do Poder Público para assegurar um acesso à justiça gratuito e integral. Para além da visão que enfatiza o fortalecimento das Defensorias Públicas, o texto destaca a importância de uma formação apropriada para os magistrados, de modo que o processo judicial seja visto como uma ferramenta a serviço das pessoas mais vulneráveis que buscam a reparação de seus direitos, especialmente os fundamentais. Assim, considera-se o acesso à justiça como parte integrante do mínimo existencial. Nessa linha, o artigo visa contribuir para o debate sobre a inadmissibilidade de que formalismos ou a falta de certos documentos de identificação sejam utilizados como empecilhos, por quaisquer agentes do sistema de justiça, tanto para a apresentação de demandas quanto para a garantia de uma tutela jurisdicional eficaz. A ideia central é ressaltar a necessidade de uma atuação coordenada para assegurar, em última análise, o direito ao acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direito ao mínimo existência. Tutela jurisdicional efetiva.

Abstract: This article initially seeks to analyze whether the right to access to justice, provided for in Article 5, item XXXV, of the Federal Constitution, integrates the concept of the right to the existential minimum. The motivation for this study arises from the observation that, even with the Public Defender's Office recognized as a guaranteeing instrument of access to justice, the effectiveness of this right is compromised in the face of a Judiciary that does not always act in line with the principles of this fundamental right. In

⁵⁰ E-mail: lauriane.matos@gmail.com

everyday life, it is common to encounter excessive formal demands by judges, which hinders the realization of access to justice. The research addresses the evolution of the content of the right to access to justice up to the present day, as well as the obligations of the Public Power to ensure free and comprehensive access to justice. Beyond the view that emphasizes the strengthening of the Public Defender's Offices, the text highlights the importance of appropriate training for judges, so that the judicial process is seen as a tool at the service of the most vulnerable people seeking to assert their rights, especially the fundamental ones. Thus, access to justice is considered an integral part of the existential minimum. In this regard, the article aims to contribute to the debate on the inadmissibility of formalisms or the lack of certain identification documents being used as obstacles, by any agents of the justice system, both for presenting demands and for ensuring effective judicial protection. The central idea is to emphasize the need for coordinated action to ensure, ultimately, the right to access to justice.

Keywords: Access to justice. Right to the existential minimum. Effective judicial protection.

1. Introdução

Uma situação frequentemente encontrada no atendimento aos usuários da Defensoria Pública é a ausência de documentos civis de identificação, de certidões registrares atualizadas, de correspondências postais em seu nome, de contas bancárias que atestem sua movimentação financeira, dentre outros documentos frequentemente solicitados para o ajuizamento de ações. A perspectiva de alguns juízes é que a ausência desses documentos configura um obstáculo intransponível, levando ao indeferimento da petição inicial se tais documentos não forem providenciados durante a emenda à exordial. Embora essa postura possa encontrar amparo no art. 321 do Código de Processo Civil, é preciso considerar que o art. 319, §2º, do mesmo diploma, estabelece que a falta de certas informações ou dados pessoais não deve justificar o indeferimento da inicial se a obtenção destes se mostrou impossível ou excessivamente onerosa.

Certamente, os motivos para não possuir tais documentos são diversos e, muitas vezes, não podem ser solucionados pelos próprios demandantes. Nesse cenário, o exercício da jurisdição demanda muito mais que simples conhecimentos processuais. Requer, sim, uma maior consciência pelos magistrados da realidade social desses cidadãos.

A título de exemplo, a falta de comprovante de residência é, frequentemente, consequência da precariedade do próprio direito à moradia. É bastante comum a existência de pessoas que alugam "barracos de fundo" sem a formalização de contrato de locação. Há famílias que residem em assentamentos que não são servidos pelo serviço postal. Existem pessoas desempregadas que nem sequer possuem residência fixa, passando temporadas em situação de rua.

Assim, indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade muitas vezes são preteridos e não conseguem obter a tutela jurisdicional em decorrência da própria situação de vulnerabilidade social e econômica em que se encontram.

Este trabalho foca na indiferença com que se portam alguns magistrados diante da realidade social e material das pessoas que buscam justiça, exigindo formalismos excessivos que culminam por obstar a efetivação do direito ao acesso à justiça.

Desse modo, apesar do papel crucial da Defensoria Pública em garantir o acesso à justiça para pessoas que são vítimas de diversas situações de vulnerabilidade, a instituição frequentemente enfrenta exigências excessivas e formalidades por parte de magistrados, que se tornam obstáculos intransponíveis para muitos, circunstância incompatível com a atual concepção acerca do direito ao acesso à justiça.

Neste trabalho, devido ao próprio desconforto com tal situação, buscar-se-á evidenciar como a indiferença dos magistrados à realidade social e material das pessoas que demandam naquela jurisdição tem impedido a efetivação do direito ao acesso à justiça, circunstância essa incompatível com a atual concepção sobre o direito ao acesso à justiça.

Nesse contexto, reconhece-se o papel da Defensoria Pública como instrumento capaz de garantir o acesso à justiça para pessoas vítimas de diversas situações de vulnerabilidade, ao prestar o serviço público de assistência jurídica integral e gratuita. Contudo, essa instituição enfrenta como obstáculo diário, na efetivação do direito ao acesso à justiça das pessoas vulneráveis, exigências e formalismos pelos magistrados, que se mostram intransponíveis para esses indivíduos, impedindo-os de exercerem seu direito de acesso à justiça.

Assim, no decorrer deste trabalho, desenvolve-se a ideia de que, ainda que seja garantido o direito à assistência jurídica integral e gratuita com o fortalecimento das Defensorias Públicas, enquanto os magistrados se apresentarem indiferentes às realidades e diferenças materiais e sociais dos litigantes que buscam o Poder Judiciário, o direito ao acesso à justiça sempre estará prejudicado. Em outros termos, magistrados que impedem o prosseguimento de uma demanda por excessos de formalidades, em vez de estarem atuando na efetivação de direitos fundamentais, estarão violando-os.

Em verdade, formalismos e exigências pelo Poder Judiciário (e aqui, refere-se a magistrado no âmbito da primeira instância) se apresentam como a violação sistemática ao direito de acesso à justiça. Como uma alternativa, defender-se-á que o direito ao acesso à justiça é um componente do mínimo existencial, razão pela qual os magistrados devem necessariamente compreender que pessoas em situação de vulnerabilidade não devem encontrar óbices à tutela jurisdicional simplesmente pela sua própria situação, seja de

exclusão digital, ausência de documentos civis, documentos públicos atualizados, ausência de residência fixa ou comprovante de residência.

À luz dessa premissa, neste trabalho, a partir do entendimento de que o acesso à justiça integra o conteúdo do mínimo existencial, demonstrar-se-á que a situação acima se apresenta como ilegítima e não podem prejudicar o exercício do direito à justiça, sendo certo que é conteúdo do direito ao acesso à justiça a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, célere e justa. Nas palavras da professora Maria Tereza Aina Sadek, “o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcança a porta de saída em um período de tempo razoável”⁵¹.

Para tanto, inicialmente, tratar-se-á da evolução do conceito do direito ao acesso à justiça, em seguida do como o conteúdo do mínimo existencial e sua capacidade de impedir negativas ilegítimas no direito de todo cidadão de buscar à justiça ante uma violação ou lesão a um direito; e, por fim, o papel dos magistrados na garantia desse direito, especialmente das pessoas vulneráveis.

2. O direito fundamental ao acesso à justiça

Ao final da década de 70, uma concepção instrumentalista do processo ganha força a ensejar que, ao lado dos estudos formalistas de institutos, procedimentos e os provimentos judiciais, surja uma análise do processo como instrumento capaz de garantir a efetivação dos direitos.

Com paradigmas métodos da sociológica, Mauro Cappelletti, da *Università degli Studi di Firenze* e do Instituto Universitário Europeu, é um percussor desse modelo de pesquisa e movimento global, cujo principal objetivo foi examinar a instrumentalidade do processo com vistas a garantir o acesso à justiça. Nesse contexto, surge o processo Projeto Florença, que, sob a presidência do aludido professor, examinou o acesso à justiça em cinco continentes e, ao final, produziu o Relatório Geral, intitulado *Acesso à Justiça*⁵².

Os estudos, partindo da concepção de que, apesar das dificuldades de conceituar o direito ao acesso à justiça, estabelecem que a sua efetivação não pode ser meramente simbólica devido às transformações que sofrem em relação ao seu conteúdo. Por essa razão, exige-se necessariamente uma reforma nas instituições jurídicas e nos

51 SADEK, Maria T. A. **Acesso à justiça**: um direito e seus obstáculos. In: Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-56, março a maio de 2014. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/Maria-Tereza-Sadek.pdf>.

52 PAULA, Leandro W. de. **Governança judicial e acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 37-40

procedimentos judiciais. Assim, Mauro Cappelletti e Bryan Garth defendem que o acesso à justiça possui duas finalidades: a primeira, o sistema deve ser acessível a todos e, segunda, o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁵³.

Os autores fazem uma vinculação direta entre a transformação do conceito de acesso à justiça com a consolidação de direitos sociais, que exigem necessariamente uma atuação instrumental do processo. Ou seja, o processo tem funções e impactos sociais⁵⁴. Nesse sentido, afirmam:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.⁵⁵

Nessa linha, o Projeto Florença desenvolvido pelos autores evidenciou que a efetivação desse direito encontra barreiras de várias ordens, tendo, assim, delineadas em ondas que devem ser superadas. Em breves linhas gerais, a primeira onda consiste na garantia de assistência jurídica para os pobres; a segunda onda caracteriza-se pela tutela dos interesses difusos; e, por fim, a terceira onda manifesta-se na consolidação de mecanismos de alternativos de solução de conflitos. Acrescente-se ainda que os autores chamaram atenção para a existência de uma inter-relação entre essas barreiras na efetivação do direito ao acesso à justiça⁵⁶.

Na busca de tentar compreender o direito ao acesso à justiça a partir da sua conceituação, diversos autores brasileiros têm explorado as suas dimensões, sobretudo ressaltando a sua amplitude. A título de exemplo, o professor de Direito Processual brasileiro Kazuo Watanabe propõe uma visão ampliada do acesso à justiça que inclui também a prevenção de litígios. Para Watanabe, o acesso à justiça não se limita à resolução de conflitos, mas também à sua prevenção e à promoção de uma cultura de paz e cooperação⁵⁷.

53 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio, Fabris, 1988, p. 8.

54 Ibidem, p. 10.

55 Ibidem, p. 12.

56 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio, Fabris, 1988.

57 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Nessa mesma linha, a professora Ada Pellegrini Grinover ensina que o acesso à justiça deve ser entendido em um sentido amplo, abrangendo não apenas o acesso ao Judiciário, mas também aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem⁵⁸.

Luis Roberto Barroso afirma que o direito ao acesso à justiça não envolve apenas o acesso aos tribunais, mas também a garantia de que os direitos sejam efetivamente respeitados e assegurados. Isso inclui o direito a um julgamento justo, a um processo eficaz e a uma decisão em tempo razoável⁵⁹.

Interessante destacar, ainda, a concepção do jurista Fábio Konder Comparato ao defender que o acesso à justiça deve ser visto como um direito social básico, relacionado diretamente com a dignidade da pessoa humana. Para ele, a efetivação do acesso à justiça depende de um sistema de justiça acessível, eficiente e que assegure a igualdade das partes⁶⁰.

De igual modo, é também possível extrair a sua dimensão de direito instrumental, no sentido de que é por meio dele que pessoas excluídas socialmente e economicamente podem reivindicar direitos perante o Poder Judiciário, exigindo-se a dimensão positiva⁶¹ dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, expõe Sadek que “o acesso à justiça é um direito primordial. Sem ele nenhum dos demais direitos se realiza. Assim qualquer ameaça ao acesso à justiça impõe sérios danos aos preceitos da igualdade e à prevalência da lei”.⁶²

58 GRINOVER, Ada P. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

59 BARROSO, Luís R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

60 COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

61 Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello consigna que: “STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, rel. min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº482.611, Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 07/04/2010)

62 SADEK, Maria T. A. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. In: Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-56, março a maior de 2014. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/Maria-Tereza-Sadek.pdf>.

A Suprema Corte tem enfatizado a importância do acesso à justiça em suas decisões, dando interpretações extensivas a esse conceito, a fim de garantir sua efetividade. O STF tem reconhecido que o acesso à justiça não se limita apenas ao ingresso em juízo, mas inclui também a garantia de um procedimento efetivo e justo.

Nesse sentido, no RE 581.94763, o STF decidiu que as taxas judiciárias elevadas podem ser consideradas como uma violação ao direito de acesso à justiça. O Tribunal concluiu que as taxas judiciárias devem ser razoáveis, para que não se tornem um obstáculo ao acesso ao sistema judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, em consonância com o processo civil do Estado Constitucional, tem o compromisso da Suprema Corte em garantir a efetivação do direito de acesso à justiça, interpretando de maneira ampla e robusta os preceitos constitucionais que possuem vinculação direta ao direito ao acesso à justiça.

O principal artigo que comprova que o direito ao acesso à justiça é um direito fundamental explícito na Constituição Federal é o art. 5º, inciso LXXIV, ao preceituar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, denominado também como princípio da inafastabilidade de jurisdição. A principal consequência desse direito é a possibilidade de qualquer questão ser levada para a apreciação do Poder Judiciário⁶⁴.

Já o art. 5º, inciso LXXIV, da CF, ao dizer que o Estado prestará assistência jurídica e integral aos hipossuficientes econômicos, também possui vinculação direta com o direito ao acesso à justiça, na medida em que, em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos menos favorecidos economicamente (muitas estando nessa situação decorrente de uma decisão política) não podem ser impedidos da prestação jurisdicional, razão pela qual também pode-se afirmar que o direito à assistência jurídica e integral também é um consectário do direito ao acesso à justiça.

2.1. Uma defesa à substancialidade do direito ao acesso à justiça

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 581.947/RO. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, DJe 27/08/2010.

64 A propósito, José Afonso da Silva diz que: “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também. (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016).

Não obstante a relevância desse enfoque instrumental do direito ao acesso à justiça (direito-meio), essa concepção, ao mesmo tempo que mostra a capacidade desse direito ser utilizado como instrumento para efetivação de outros direitos fundamentais, também apresenta a limitação de considerá-lo apenas como a porta de entrada ao Poder Judiciário, desconsiderando o fato de que o próprio Poder Judiciário, muitas vezes, não está preparado para lidar com as demandas cujos demandantes pertencem a estratos sociais em situação de vulnerabilidade social.

Defende-se, assim, que o acesso à justiça, além dessa dimensão instrumental de efetivação de outros direitos, deve ser considerado como um direito substancial. Essa concepção substancial do direito ao acesso à justiça demanda um debate acerca das reformas necessárias no próprio Poder Judiciário para que este esteja apto a lidar com as demandas dessas pessoas mais vulneráveis. Tal adaptação implica humanização nos atendimentos, sensibilidade e reconhecimento das realidades e situações vivenciadas por esses jurisdicionados.

A substancialidade do direito ao acesso à justiça requer práticas de desburocratização dos procedimentos, simplificação na resolução de conflitos que prescindem de dilação probatória, a obrigação de utilizar uma linguagem acessível, clara e simples e uma postura proativa ao fornecer explicações ao jurisdicionado sobre o procedimento em curso ou o sentido de determinado pronunciamento. Não é raro que as pessoas com baixas escolaridade participem de audiências sem compreender completamente sua liturgia e as decisões tomadas.

Em essência, a dimensão substancial visa eliminar a exclusão e a marginalização dos estratos sociais mais desfavorecidos, assegurando-lhes a condição de sujeitos de direitos, ao facilitar tanto a sua compreensão quanto a chance de serem compreendidos no contexto do Judiciário. Dessa forma, torna-se possível oferecer um espaço democrático e plural para todas as classes sociais na afirmação de seus direitos fundamentais.

A propósito, afirma Watanabe, ao tratar dos elementos que compõem o acesso à justiça:

São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos

com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características⁶⁵.

Portanto, não é suficiente que o acesso à justiça seja apenas um instrumento para a efetivação de outros direitos fundamentais, permitindo a apreciação de controvérsias pelo Poder Judiciário. Deve-se também compreendê-lo como um direito que, intrinsecamente, molda o Poder Judiciário para torná-lo mais apto ao atendimento das pessoas mais vulneráveis.

3. A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal trouxe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 3º, inciso III.

André Ramos Tavares aponta, citando outros autores, as razões para que a dignidade não tenha sido inserida no rol exemplificativo dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal:

Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como bem anota JORGE MIRANDA, “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de ATALIBA NOGUEIRA é “um meio e não um fim”, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. Nesse sentido também FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, ao acentuar que “importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Não só o Estado, mas, consectário lógico, o próprio Direito”⁶⁶.

Quando tratamos de dignidade, uma das fundamentações que embasa seu entendimento contemporâneo está nas reflexões de Kant. Ele defendia que o valor do ser humano deriva de sua dignidade inerente, diferentemente dos objetos, que têm um preço e podem ser substituídos por algo equivalente:

⁶⁵ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁶⁶ TAVARES, André R. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 441.

Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita todo o arbítrio (e é um objeto do respeito). Estes não são, portanto, meros fins subjetivo cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa ação, mas sim fins objetivos, quer dizer cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que não se pode pôr nenhum outro em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão⁶⁷.

No Brasil, apesar das dificuldades em definir a dignidade humana, diversos autores têm se debruçado sobre o conteúdo da dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, desenvolveu uma importante definição para a dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁸

67 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica e costumes**. Edições 70, 2005, p. 68

68 SARLET, Ingo. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60.

Para Virgílio Afonso da Silva⁶⁹, a dignidade da pessoa humana é o núcleo de todos os direitos fundamentais e impõe restrições ao poder estatal. Já, Daniel Sarmento⁷⁰ argumenta que a dignidade humana possui um conteúdo material que se expressa, entre outras formas, na proteção de um mínimo existencial e no reconhecimento e promoção da autonomia individual.

Por fim, em relação aos doutrinadores brasileiro, cabe destacar a concepção de Flávia Piovesan que diz que a dignidade da pessoa humana é o fundamento e o fim dos direitos humanos⁷¹.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes históricos, se valeu da dignidade humana, utilizando-a como base interpretativa e de efetivação de direitos e garantias constitucionais. Vale a pena citar alguns desses precedentes mais relevantes:

Em 2008, na ADI 3.510, em que a Corte declarou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que permite a pesquisa e a utilização de célula-tronco, o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado para argumentar no sentido que as pesquisas significam, ao contrário de violação ao direito à vida, a celebração solidária da vida, na medida em que beneficiam milhares de pessoas que sofrem de doenças graves, ao ter a possibilidade de exercer concretamente os direitos à felicidade e do viver com dignidade⁷².

No julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 em 2011, que tratava acerca do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, ampliando a definição tradicional de família e reforçando o princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão baseou-se na ideia de que a proibição do reconhecimento de tais uniões violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação⁷³.

69 SILVA, Virgílio. A. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Efetividade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

70 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

71 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 28/05/2010.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 14/10/2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de

Na mesma linha, em 2012, ao julgar a ADPF 186/DF acerca da constitucionalidade das cotas para o acesso à universidade, lançou mão do princípio da dignidade humana para depreender que as políticas afirmativas são imprescindíveis para corrigir desigualdades históricas⁷⁴.

Como se pode observar, o princípio da dignidade é o vetor interpretativo central da Constituição Federal, assim como de toda a ordem jurídica, desempenhando um papel crucial na efetivação de direitos fundamentais.

Entretanto, além dessa perspectiva, a dignidade humana apresenta também um viés positivo. Luis Roberto Barroso⁷⁵ destaca essa multidimensionalidade, assinalando que o conceito não se limita à proibição de tratamento degradante. Ele impõe ao Estado o dever de adotar medidas que assegurem condições de vida adequadas. Para Barroso, a dignidade da pessoa humana está no cerne de todos os direitos fundamentais e é o pilar central do sistema constitucional. Nesse contexto, insere-se o direito ao mínimo existencial, que será explorado no próximo tópico.

3.1. O direito ao mínimo existencial como consectário da dignidade da pessoa humana

Considerando que a dignidade humana é um valor intangível, o mínimo existencial, enquanto manifestação concreta desse princípio, deve igualmente ser reconhecido como um direito fundamental. Isso se justifica pelo entendimento de que, sem um patamar básico de sobrevivência e inserção social, a dignidade da pessoa humana fica comprometida.

A valorização do mínimo existencial como um postulado fundamental, oriundo da dignidade da pessoa humana, fundamenta-se na ideia de que, para serem reconhecidos como membros plenos, iguais e livres da sociedade, todos os indivíduos devem ter garantidas suas necessidades essenciais. Ademais, o mínimo existencial configura-se como condição *sine qua non* para a concretização de outros direitos fundamentais e para a consagração da justiça social.

Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 14/10/2011.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. DJe 20/10/2014;

75 BARROSO, Luís R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Nesse sentido, André Tavares afirma que:

O mínimo existencial consiste no conjunto de direitos cuja concretização é imprescindível para promover condições adequadas de existência digna, assegurando o direito geral de liberdade e os direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à previdência e assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, entre outros. 76

Para Robert Alexy⁷⁷, o mínimo existencial é um direito fundamental inviolável, diretamente vinculado ao princípio da dignidade humana. Em sua visão, o mínimo existencial se refere às condições básicas de uma vida digna e autônoma, incluindo alimentação, abrigo, cuidados de saúde e educação.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁸ entende que o mínimo existencial é um direito derivado da dignidade humana e deve ser garantido pelo Estado. No entanto, ele adverte que o conceito de mínimo existencial não deve ser usado para justificar a redução de direitos sociais e econômicos a um nível básico e insuficiente.

Por sua vez, o Luís Roberto Barroso⁷⁹ defende que o mínimo existencial é um direito fundamental e uma condição prévia para o exercício de outros direitos fundamentais. Para Barroso, o mínimo existencial inclui o acesso a condições básicas de sobrevivência, mas também a serviços públicos essenciais, como educação e saúde.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰ argumenta que o mínimo existencial é um núcleo indissociável e intangível dos direitos sociais. Ele postula que este mínimo existencial deve ser garantido a todos, independentemente de condições econômicas, como um pré-requisito para a efetivação da dignidade humana.

Para Daniel Sarmento⁸¹, o mínimo existencial se trata de um conceito multifacetado que abrange não apenas necessidades físicas básicas, mas também o acesso a direitos

76 TAVARES, André R. **Curso de Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p 80.

77 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

78 SARLET, Ingo. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

79 Barroso, Luís R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

80 BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 33ª ed. 2017.

81 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

culturais e educacionais. Ele defende que as necessidades humanas básicas vão além da mera sobrevivência física, englobando também aspectos psicológicos e sociais.

Como se observa, todos os autores acima referidos concordam que o mínimo existencial é um direito fundamental vinculado à dignidade humana. No entanto, há interpretações variadas relativas ao conteúdo do mínimo existencial e em como ele deve ser garantido. Essas diferenças refletem o debate mais amplo na doutrina jurídica sobre a natureza e o alcance dos direitos sociais e econômicos

Não obstante essa discussão, é correto afirmar que a defesa do mínimo existencial como princípio fundamental alinha-se ao propósito de promover a justiça social. Isso se justifica no entendimento de que todo cidadão deve ter direito a uma vida digna, independentemente de sua condição econômica.

No entanto, deve-se considerar que, mesmo diante das discussões doutrinárias, determinar precisamente quais direitos integram o mínimo existencial não deveria ser o foco central deste instituto. Isso porque as variáveis sociais e políticas que influenciam o cenário prático onde o debate ocorre orientam fortemente a atuação do Judiciário.

Além disso, qualquer tentativa de estipulação prévia limita a adaptabilidade do sistema, impedindo que outros direitos, que eventualmente precisem ser reconhecidos como parte do mínimo existencial, sejam incorporados.

De todo modo, o que é certo é que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a importância do princípio do mínimo existencial em vários de seus julgamentos. Um exemplo emblemático foi o julgamento do RE 858075/RJ, em que o Tribunal afirmou que o direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), integrante do "mínimo existencial", não pode ser limitado em face de restrições orçamentárias do Estado. Na decisão, o STF sustentou que a concretização do mínimo existencial, incluindo o acesso à saúde, constitui elemento irreduzível a ser preservado em favor de todos os cidadãos, destacando que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida⁸².

De igual modo, no RE 607.381, o Supremo, ao discutir a respeito da responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamento, reafirmou a que, quando

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 858075/RJ, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 25/08/2021.

estiver em risco o mínimo existencial do indivíduo, não é possível falar em reserva do possível, sob pena de comprometer a própria dignidade da pessoa humana⁸³.

Por fim, para concluir a referência aos julgados do STF, na ACO 1472, ficou estabelecido que a efetivação de direitos sociais, tais como saúde e educação, não pode ocorrer de maneira a comprometer seu núcleo essencial. Tal entendimento evidencia a ideia de que, mesmo em situações de restrição de recursos, o Estado tem o dever de assegurar o mínimo indispensável para a preservação da dignidade humana⁸⁴.

A partir dos julgados mencionados, pode-se deduzir que uma característica primordial para um direito integrar o mínimo existencial é que o Estado não pode alegar falta de recursos orçamentários como justificativa para não concretizar tanto direitos fundamentais quanto políticas públicas essenciais à garantia desses mesmos direitos.

Percebe-se, assim, que o conceito de mínimo existencial também representa uma mudança de paradigma na postura do Poder Judiciário ao abordar a judicialização dos direitos fundamentais sociais e das políticas públicas. Tal mudança questiona o princípio da separação dos poderes com o objetivo de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.

A propósito, Daniel Sarmiento afirma que:

“Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 607.381/SC, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/06/2011.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 1.472/PA, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 18/09/2017.

dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.⁸⁵

Em síntese, os direitos fundamentais abarcados pelo conceito de mínimo existencial não podem ser preteridos com base em justificativas estritamente orçamentárias, como a invocação da reserva do possível. Da mesma forma, não se deve recorrer a outros princípios jurídicos apenas com a intenção de manter-se inativo, abstendo-se de garantir ou consolidar um direito fundamental. Contudo, é essencial não negligenciar as inerentes dificuldades e desafios na realização dos direitos sociais e na execução de políticas públicas.

Sob essa ótica, será demonstrado a seguir que, assim como muitas vezes os Poderes Executivo e Judiciário são compelidos a agir em face de uma infração a algum direito fundamental inerente ao mínimo existencial, o próprio Poder Judiciário deve superar obstáculos formais para assegurar o acesso à justiça, uma vez que este também é parte integrante do mínimo existencial.

3.2. O acesso à justiça como componente do mínimo existencial

Nesse último tópico, pretende-se delinear que, embora o acesso à justiça possa ser conceituado como um direito-meio ou um direito-garantia, ele é intrínseco ao mínimo existencial. O principal objetivo dessa argumentação é evidenciar que o Poder Judiciário necessita estar alinhado e reestruturado com magistrados que tenham profunda consciência social acerca das adversidades enfrentadas pelas populações mais vulneráveis e desfavorecidas da sociedade.

Para tanto, inicialmente, cite-se a seguinte afirmação do professor Mauro Cappelletti no livro, "Processo, Ideologias e Sociedade":

(...) L'egalité (igualdade) tal como nos figurou até o surgimento, em nosso século, do Estado Social, significa essencialmente a abolição de diferenças jurídico-formais de status: "igualdade de todos perante a lei". Mas como observava, agudamente, há vários decênios, um insigne sociólogo, 'quanto mais o rico e o pobre são retratados sobre a base das mesmas regras jurídicas, tanto mais se acentua a vantagem do

85 SARMENTO, Daniel. **Reserva do possível e Mínimo existencial**. In: Comentários à Constituição Federal de 1988, coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura. GenForense: 2009, p. 371.

rico'. Aquela concepção de igualdade, se contemplado o aspecto jurídico-formal, de nenhuma maneira referia-se, em troca, ao aspecto econômico-social e, 'de fato', à própria igualdade; quer dizer que dita concepção descuidava o fato de que sobre o caminho do acesso à lei – e às instituições, aos benefícios, aos direitos pela mesma regulados – encontram, usualmente, barreira de índole diversas, que são mais ou menos graves na medida das diferentes capacidades econômicas sociais dos distintos indivíduos e grupos. Por exemplo, se é certo que as portas dos tribunais estão formalmente abertas igualmente para todos, não é menos certo que tal acesso é bem diverso para quem tenha uma informação suficiente sobre os seus direitos, que possa fazer-se representar por um bom advogado, e tenha a possibilidade de esperar os resultados a miúdos tardios dos processos jurisdicionais, do quem para quem careça de tais requisitos econômicos -culturais".
86

Assim sendo, é possível argumentar que, mesmo após os progressos pós-Constituição de 1988 no que concerne à oferta de assistência jurídica integral e gratuita, as pessoas em situação de vulnerabilidade ainda enfrentam obstáculos significativos para acessar plenamente a justiça.

Tal situação se deve, em parte, ao fato de que todo o sistema judiciário e as normas jurídicas, conforme elucidado pelo Projeto Florença, foram concebidos e adaptados para proteger os interesses das classes economicamente dominantes. Simultaneamente, como Marcelo Neves destaca ao discutir o conceito de "cidadania inexistente", existem indivíduos que, embora sejam excluídos do acesso aos direitos, encontram-se incorporados no ordenamento jurídico devido a processos repressivos, fenômeno este que ele denomina de subintegração e sobreintegração⁸⁷.

Diante desse contexto e partindo da premissa de que uma característica distintiva do direito ao mínimo existencial é demandar uma postura proativa dos demais Poderes, rejeitando acomodações baseadas em argumentações meramente retóricas e

86 CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2008, p. 386.

87 Marcelo Neves pontua que os subintegrados na sociedade, apesar de não terem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, estão submetidos radicalmente à estrutura punitiva estatal, de modo que os direitos fundamentais não moldam a sua forma de viver, além de verificar que as principais ofensas aos direitos fundamentais são praticadas pelos aparelhos estatais repressivos. Do outro lado, há os sobreintegrados que utilizará a Constituição "como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada e desusada ou abusada", tendo como principal traço a impunidade. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Subintegração e Sobreintegração**: a cidadania inexistente. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

procrastinatórias, entende-se que certas atitudes de magistrados devem ser refutadas por estarem em desacordo com o direito fundamental ao acesso à justiça, que é intrínseco ao mínimo existencial.

Esta afirmação destaca, acima de tudo, que o acesso à justiça, enquanto componente do mínimo existencial, não deve ser visto meramente como um direito-garantia ou um direito-meio, cujo único propósito é possibilitar o acesso ao Poder Judiciário. Em vez disso, deve-se enfatizar sua capacidade de inspirar mudanças nas atitudes e padrões comportamentais dos membros do Poder Judiciário, especialmente quando estão diante de demandas envolvendo pessoas em situação de vulnerabilidade.

Para que o acesso à justiça das pessoas vulneráveis seja efetivado, é essencial que o Poder Judiciário adote práticas humanistas, demonstrando consciência social e um entendimento profundo da realidade vivida por essas pessoas. Em termos simples, é necessário que o Poder Judiciário atue com empatia. Contudo, na prática, frequentemente observa-se que muitos magistrados, por estarem excessivamente apegados às formalidades, não reconhecem que o processo, o procedimento e até a decisão final podem não ser suficientes para aliviar o sofrimento de alguém decorrente de uma violação de direitos. Para tais magistrados, o caso pode ser apenas mais um na contabilidade de seu cartório, uma prestação jurisdicional que, no final das contas, não cumpre seu propósito primordial.

Nesse sentido, como bem pontuam Dinamarco e Lopes:

Do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXV) era tradicionalmente extraído um mero direito de ingresso em juízo, um direito de demandar sem qualquer referência a predicados da tutela jurisdicional ou a eventuais óbices ilegítimos a sua concessão – ou, em outras palavras, nesse princípio costumavam os processualistas brasileiros identificar a garantia constitucional da ação. A consciência instrumentalista, a caracterização do processo como um instrumento ético e a necessidade de visualizar a atividade jurisdicional pela ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais (processo civil de resultados – supra n. 5) etc. vieram porém a determinar uma substancial alteração na identificação do conteúdo e do modo de ser desse princípio.

Atualmente, além de uma garantia de mero ingresso no Poder Judiciário com suas pretensões em busca de reconhecimento e satisfação, aquele dispositivo constitucional representa a garantia de

outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional *efetiva, adequada e tempestiva* (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão da tutela eventualmente devida (...). (grifos no original)⁸⁸

Tomando como exemplo ações de alimentos ligadas ao poder familiar, em certas ocasiões, o magistrado exige insistentemente que o comprovante de residência do representante legal (muitas vezes, a mãe) esteja em seu nome. Nesses casos, não se aceita uma declaração de residência escrita de próprio punho, resultando no indeferimento da petição inicial.

O que se observa aqui é um magistrado desconectado da realidade social e econômica da área onde atua. Tal postura ignora que em áreas mais precárias, como favelas, muitas mães solteiras não possuem imóveis em seu nome. Muitas vivem em alugueis, ou em pequenas construções providas por familiares nos fundos de terrenos. Muitas dessas mulheres não têm vínculos jurídicos formais, como contratos de telefonia pós-paga ou cartões de crédito, que poderiam lhes fornecer um comprovante de residência. A realidade diária delas é focada na sobrevivência juntamente com seus filhos.

Tais obstáculos, ao invés de assegurar o direito de muitas crianças receberem alimentos de forma rápida e eficaz, principalmente quando suas vidas estão em risco, apenas demonstram que o Poder Judiciário falha em fornecer uma tutela jurisdicional adequada. É evidente que empecilhos procedimentais e excessos de formalismos estão distantes de representar um verdadeiro acesso à justiça.

Por isso, a concepção do mínimo existencial, frequentemente evocada pelo Poder Judiciário para influenciar e moldar a conduta da Administração Pública, deve também ser internalizada pelo sistema judiciário como um todo. Este princípio serve como base para assegurar o direito fundamental ao acesso à justiça.

Nesse contexto, vale ressaltar os esforços do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para enfrentar os desafios de tornar o Poder Judiciário mais acessível às populações vulneráveis. Em 2021, o CNJ estabeleceu, por meio da Resolução n. 425, a Política Nacional de Atenção às Pessoas em Situação de Rua e suas Interseccionalidades.

Em conclusão, mesmo com a presença da Defensoria Pública como mecanismo para assegurar que todas as pessoas vulneráveis tenham acesso à prestação jurisdicional, se as instâncias do Poder Judiciário não estiverem sintonizadas com a realidade social destes

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54-55.

grupos, o acesso à justiça dessas pessoas continuará sendo constantemente comprometido.

4. Conclusão

O conceito de acesso à justiça é fundamental para a concretização de um sistema de justiça genuinamente equitativo e inclusivo. Nesse contexto, é possível utilizar os princípios do direito ao mínimo existencial para assegurar não apenas o acesso ao Poder Judiciário por parte das pessoas vulneráveis – por meio da oferta de assistência jurídica integral e gratuita e de Defensorias Públicas bem estruturadas –, mas também para promover um Poder Judiciário sensível à realidade e às demandas desses indivíduos. Em outras palavras, é imperativo um Judiciário que esteja atento às necessidades daqueles setores da sociedade que não têm condições de cumprir com formalidades excessivas para alcançar uma tutela jurídica efetiva.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 33ª ed. 2017.

BARROSO, Luís R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 858075/RJ, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 25/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 607.381/SC, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 581.947/RO. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, DJe 27/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 28/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº482.611, Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 07/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. DJe 20/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 1.472/PA, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 18/09/2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio, Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2008.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRINOVER, Ada P. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica e costumes**. Edições 70, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Subintegração e Sobreintegração**: a cidadania inexistente. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

PAULA, Leandro W. de. **Governança judicial e acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Universidade de São Paulo. São Paulo.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, André R. **Curso de Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p 80.

SADEK, Maria T. A. **Acesso à justiça**: um direito e seus obstáculos. In: Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-56, março a maio de 2014. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/Maria-Tereza-Sadek.pdf>.

SARLET, Ingo. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Reserva do possível e Mínimo existencial**. In: Comentários à Constituição Federal de 1988, coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura. GenForense: 2009.

SILVA, Virgílio. A. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Efetividade**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional** positivo. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: GRIN O V ER, Ada Pelegrini. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PRESIDENCIALISMO DE COALISÃO E A CRISE BRASILEIRA

BRUNO QUARESMA VIVAS:

Servidor Público Federal (Trf 4).
Bacharel em Direito, (UFF), pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale⁸⁹.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a atual crise a qual atravessa o sistema político brasileiro. Desde a promulgação da nossa Carta Magna, em 1988, o Brasil adotou o sistema político denominado “Presidencialismo de Coalisão”. Ao longo destas quase três décadas este sistema apresentou diversas controvérsias, culminando em graves crises políticas. Como exemplo, pode-se citar os dois processos de impeachment (impedimento de dois presidentes da república) que o país atravessou no período. Neste artigo realizar-se-á uma busca histórica a origem do sistema presidencialista (surgido com a independência dos EUA), as marcantes diferenças do modelo americano e brasileiro, e a evolução deste sistema no Brasil até que se tenha chegado no Presidencialismo de Coalisão e suas características. Ao final, será proposto um novo modelo de sistema político com o objetivo de amenizar as tensões políticas.

Palavras-chave: Governo, Democracia, Parlamentarismo, Presidencialismo, Coalisão.

1. INTRODUÇÃO

Por influência norte-americana os países da América Latina, dentre eles o Brasil, adotaram em sua maioria o sistema presidencialista de governo. No caso brasileiro, após a Proclamação da República, esta foi a maneira encontrada pelos republicanos de manter a unificação do país. Entretanto, diferente dos ianques, por aqui e nos vizinhos latinos, o sistema presidencialista sempre flertou com o autoritarismo. Desta forma é necessário um estudo desta razão, e dos demais sistemas de governo para que independentemente do modelo adotado, o estado democrático de Direito seja sempre preservado.

No Direito comparado, a maioria dos países do mundo ocidental adotam predominantemente dois sistemas de governo: Parlamentarismo e Presidencialismo. Enquanto o primeiro surgiu após a Revolução Inglesa, e inspirou diversas repúblicas europeias, o segundo sistema surgiu pautado nos ideais de Montesquieu, através da independência dos Estados Unidos da América perante a coroa inglesa, e posteriormente influenciou os países Latino-americanos.

⁸⁹ Email: brunoqvivas@gmail.com

Antes de tratar especificamente sobre o presidencialismo e seus problemas no Brasil atual, é importante traçar um paralelo com o sistema parlamentar visto que o presidencialismo adveio do primeiro com similaridades e diferenças. Para que se pense alternativas a crise política brasileira (objetivo do artigo) é necessário compreender ambos os sistemas, suas ramificações e como se comportam no mundo atual.

2. PARLAMENTARISMO

O Parlamentarismo surgiu na Inglaterra e seu objetivo principal foi limitar o poder dos monarcas absolutistas. Há divergências entre os historiadores sobre quando o sistema passou, de fato, a produzir efeitos. Isto porque, segundo alguns, antes da revolução gloriosa a Inglaterra já demonstrava características do sistema parlamentar. Este artigo irá adotar a ideia de LOEWESTEN de que o parlamentarismo de fato iniciou com o “Bill of rights”, que foi o primeiro documento da Inglaterra a garantir alguns direitos fundamentais como a liberdade e o direito sobre a propriedade privada.

Acerca das características gerais do sistema, RAUL MACHADO HORTA ensina que:

[. . .] o regime parlamentar compõe-se de elementos permanentes e individualizadores, cuja ausência pode comprometer a essência do regime, a saber: 1) a irresponsabilidade política do Chefe de Estado; 2) a responsabilidade política do Conselho de Ministros ou Gabinete e do Presidente do Conselho ou Primeiro-Ministro, Chefe do Governo; 3) a colaboração entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo; 4) a existência de meios de ação recíproca de cada um dos Poderes sobre o outro: moção de censura, questão de confiança, interpelações orais e escritas, direito de dissolução. (HORTA, 1987)

Para elucidar melhor o sistema parlamentarista, recorro as palavras do atual Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

O parlamentarismo tem como característica fundamental a divisão do Poder Executivo entre um chefe de Estado e um chefe de Governo. Este último é normalmente denominado Primeiro-Ministro, sendo escolhido pelo Parlamento⁵. O Primeiro-Ministro depende, para a estabilidade de seu governo, da manutenção do apoio parlamentar. Esta dualidade no Executivo e a responsabilização do chefe de Governo perante o Poder Legislativo são os traços fundamentais do sistema parlamentarista⁶. A estrutura do poder segue a repartição tripartite, mas a separação entre os Poderes Executivo e Legislativo não é rígida. O chefe de Estado, por sua vez, exerce funções

predominantemente protocolares, de representação simbólica do Estado. Não é por outra razão que, em pleno século XXI, o posto continua a ser exercido por Monarcas em diversos países caracterizados por elevados índices de desenvolvimento econômico e social, como Reino Unido, Dinamarca e Holanda, em meio a outros. Várias vantagens são atribuídas a esse sistema de governo⁷. A principal delas é tornar a relação entre Executivo e Legislativo mais harmoniosa e articulada. O chefe de Governo é, em regra, oriundo dos quadros do Legislativo, sendo indicado pelo partido que obteve maioria nas eleições parlamentares. Esse apoio da maioria facilita a atuação político administrativa. No entanto, não é incomum que a maioria do Parlamento retire seu apoio ao Governo, embora isto se dê apenas em face de graves divergências. Nesse caso, ocorre a aprovação de um voto de desconfiança e o Governo é substituído. Em seu lugar, passa a governar um novo Gabinete, que tenha obtido apoio parlamentar. É possível, inclusive, que em uma mesma legislatura o Governo seja substituído várias vezes, sem que, para isso, sejam feitas novas eleições parlamentares. Não há, portanto, a hipótese de um Governo que não seja apoiado pela maioria do Parlamento. Isso per mite, em tese, uma maior eficiência do Governo, que não tem a sua ação obstruída por um Legislativo hostil. Por conta dessa possibilidade de substituição facilitada do Gabinete governamental, o sistema se torna mais propício à superação de crises políticas. Se o Governo não possui mais o apoio do Parlamento, este pode aprovar uma moção de desconfiança, o que leva à queda do Gabinete. Observe-se que isso pode se dar por razões políticas, e não apenas por razões éticas. Se o Governo enfrenta uma crise grave, não só por conta de algum procedimento reputado ilegal ou ilegítimo⁸, mas também em razão de uma decisão política que tomou, ele é substituído imediatamente, sem que seja necessária a instauração de um processo complexo e frequentemente conturbado como o de *impeachment*. O Governo não possui mandato. Ele governa apenas pelo período em que goze de apoio parlamentar. Por outro lado, o Governo terá também mecanismos para evitar a obstrução contínua por parte do Parlamento, solicitando ao Presidente a dissolução da legislatura. Pode-se objetar que essa virtude do parlamentarismo tem o seu reverso: nem sempre haverá concerto entre o Legislativo e o Executivo, o que provocará instabilidade, com sucessivas trocas de Gabinete¹⁰. A constatação, de fato, se confirma na história. É comum que alguns países parlamentaristas passem por períodos de sucessivas trocas de gabinete. Em 54 anos de pós-guerra, a Itália já

havia conhecido 58 gabinetes¹¹. Mas o inverso também se verifica. Há casos em que um mesmo gabinete governa por diversas legislaturas. Lembre-se, por exemplo, do que tem ocorrido na Inglaterra, país em que o Partido Conservador governou por diversas legislaturas (18 anos), sendo em seguida substituído pelo Partido Trabalhista, que governa desde 1997¹². O sistema, portanto, nem sempre é capaz de prevenir crises, mas oferece mecanismos mais céleres e menos traumáticos para sua superação. Alega-se, em relação ao parlamentarismo, que o sistema depende de um ambiente no qual o quadro partidário seja dotado de racionalidade e não seja excessivamente fragmentado. De fato, a funcionalidade do modelo diminui em situações nas quais sejam necessárias coalizões complexas, que são menos estáveis e supervalorizam o papel de pequenos partidos, quando necessários à composição da maioria parlamentar. Portanto, como regra, o argumento é procedente. Ele desconsidera, no entanto, que o próprio parlamentarismo tende a conformar um sistema partidário mais depurado. De fato, nesse sistema a atividade parlamentar torna-se mais centrada na atuação dos partidos, já que são eles que indicam os Governos. Para mudar o Governo, o povo deverá votar de modo a alterar a composição partidária do Parlamento. No Brasil, a percepção geral é de que o Presidente da República é escolhido pelo povo de modo mais atento e cuidadoso que os parlamentares. De fato, a população se mobiliza muito mais para a escolha do chefe do Executivo do que para a dos Deputados. Nos países em que a eleição do chefe de Governo depende do partido ao qual a maioria dos parlamentares pertence, essa atenção especial se transfere, pelo menos em parte, para as eleições parlamentares. Considere-se, sobretudo, que durante o processo eleitoral os partidos já apresentam o quadro partidário que ocupará, em caso de vitória, a função de Primeiro-Ministro. Para utilizar um termo usado por Ackerman em outro contexto, há uma “institucionalização do carisma”, o que certamente exerce um importante papel no fortalecimento dos partidos.” (BARROSO,2006)

Conforme demonstrado pelo ministro, o sistema parlamentar se difere do presidencialista, o qual o Presidente da República possui responsabilidade política. Ademais, em muitos casos, o chefe de governo, ou primeiro-ministro, possui mesma posição hierárquica (ou similar) dos demais componentes do gabinete presidencial. Sendo assim, caso ocorra o voto de desconfiança por parte do parlamento todo o gabinete sofrerá com as consequências. Esta é uma crucial diferença entre o sistema parlamentar e

o presidencial. No presidencialismo, o Presidente é a figura superior hierárquica do governo, portanto possui maior autoridade. Todavia, em caso de sanção (impeachment) responderá sozinho, podendo ocorrer situações esdrúxulas como no Brasil atual, em que alguns ministros da presidenta Dilma Roussef continuaram no cargo após o processo de impeachment e hoje são ministros de Michel Temer.

3. PRESIDENCIALISMO

O regime adotado no Brasil desde a Proclamação da República em 1891 (com breve pausa para uma experiência parlamentar entre 1961 e 1963), tem sua origem nos Estados Unidos da América. Até então, as ideias do filósofo Montesquieu, não haviam sido aplicadas na prática. Do filósofo surgiu a teoria da separação de poderes independentes entre: Executivo, Legislativo e Judiciário. O presidencialismo não surgiu através de um longo processo evolutivo, como o Parlamentarismo. Foi uma saída diferente encontrada pelos colonos que precisavam de um sistema que os diferíssem do regime monárquico. Vale ressaltar, que o sistema se firmou após a Guerra de Secessão. Nesta, ficou claro que o país necessitava de um governo central e um executivo forte. Sendo assim, o presidencialismo Americano se deu através do federalismo centrípeto pois os Estados soberanos que formaram inicialmente uma confederação, posteriormente se compuseram através da federação. Este conceito é importantíssimo para compreender as diferenças entre Brasil e Eua. Por aqui, os nossos Estados não possuem a soberania dos Estados Americanos, o que é danoso em um país de dimensões continentais.

O professor RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA, discorrendo sobre a Constituição norte-americana, ensina:

Uma das cinco questões mais discutidas pela Convenção de Filadélfia foi a estrutura do órgão executivo. Vários convencionais-constituintes defendiam a criação de um Executivo colegiado, com um mandato de quatro, sete ou dez anos. Alexander Hamilton chegou a sugerir o mandato vitalício com sucessor hereditário! Houve quem defendesse a ideia de um chefe do Executivo eleito pelo Congresso para um termo de sete anos, sem reeleição. Finalmente chegou-se à decisão: um presidente eleito por quatro anos com direito à reeleição. E sua eleição deveria ser feita por um colégio de eleitores escolhidos nos Estados-Membros (sem a participação de congressistas, é bom frisar). Tal princípio está contido no artigo II, Seção 1, n. 3, da Constituição, complementado pela Emenda XII, de 1804. (FIUZA, 2013)

Sobre o sistema presidencialista o Ministro Luís Roberto Barroso elucida em estudo:

No sistema presidencialista, os poderes da chefia de Estado e de Governo se concentram no Presidente da República. O Presidente governa auxiliado por seus ministros, que são, em regra, demissíveis *ad nutum*. O Presidente não é politicamente responsável perante o Parlamento. O programa de governo pode ser completamente divergente das concepções compartilhadas pela maioria parlamentar. O presidencialismo possibilita, por exemplo, a coexistência entre um Presidente socialista e um Parlamento de maioria liberal. Uma vez eleito, o Presidente deverá cumprir um mandato. Enquanto durar o mandato, o Presidente não poderá ser substituído – salvo procedimentos excepcionais, como o *impeachment* e o *recall* –, mesmo que seu governo deixe de contar com o apoio da maioria dos parlamentares e, até mesmo, da maioria do povo.

O sistema presidencialista apresenta algumas virtudes destacáveis. A primeira delas diz respeito à legitimidade do chefe do Executivo. Na maioria dos países que adotam esse sistema, a eleição para Presidente da República se faz de forma direta. Por isso, o eleitor goza de grande legitimidade, sobretudo nos momentos posteriores aos pleitos eleitorais. O fato de ter sido o próprio povo que o escolheu torna-o mais habilitado a tomar decisões polêmicas. O presidencialismo, por essa razão, seria um sistema mais aberto a permitir transformações profundas na sociedade. (BAROSSO, 2006) Explanas as características dos sistemas mais aplicados pelos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, passa-se agora a uma análise da evolução do sistema presidencialista no Brasil.

4. PRESIDENCIALISMO NO BRASIL

O Brasil conquistou sua independência de Portugal em 1822, entretanto diferentemente dos EUA que à conquista a independência da coroa inglesa iniciou a experiência presidencialista, por aqui, o regime monárquico continuou a ser o adotado. Durante o período conhecido como Segundo Reinado, diversas revoltas internas eclodiram a favor do fim do Império e pedindo a república, ainda assim, somente em 1889 a República foi proclamada. Por influência norte-americana, foi adotada a forma federativa de Estado. Entretanto, os Estados Brasileiros, desde a colonização, não possuíam a autonomia das colônias americanas, e o federalismo se deu de maneira centrífuga com o fortalecimento do ente central em detrimento dos Estados Membros.

Desde seu primórdio o sistema presidencialista brasileiro convive com a

instabilidade política. Já em 1891 o presidente Marechal Deodoro dissolveu o Congresso Nacional. O mes tre JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte que “se o Presidente da República governar com predominância autoritária, tem-se sistema ditatorial e não presidencialismo.”

Após a instauração da república da espada, a alternância de poder presidencial se deu através da política do café-com-leite, onde se revezavam no governo presidentes oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Pode se considerar uma espécie de presidencialismo de coalisão do passado, em que prevaleciam interesses pessoais e conchavos realizados entre os “coronéis”. Em 1930, Getúlio Vargas assumiu o poder rompendo com esta política. E em 1937 com o golpe do Estado Novo o presidencialismo teve outra grande crise, com a ditadura varguista indo até 1946. Após este período, com o advento da constituição democrática de 46 o Brasil teve um curto período na democracia, até o golpe military de 1964. Foi durante este tempo, que o país passou pela única experiência parlamentar da história. Após a renúncia de Jânio Quadros, entre 1961 e 1963 o sistema vigente no Brasil foi o sistema parlamentarista. Entretanto, eram tempos de turbulência política, e o uso do parlamentarista foi considerado o prenúncio do golpe militar, sendo inclusive chamado de “golpe branco.”

Após o período da ditadura militar, e com o advento da Constituição Cidadã de 1988, deu-se início a nova fase do presidencialismo brasileiro vigente até hoje, o presidencialismo de coalisão.

5. PRESIDENCIALISMO DE COALISÃO

Para elucidar a expressão, recorro ao professor Adriano Codato, da Universidade Federal do Paraná:

O “presidencialismo” é o sistema de governo no qual o chefe do Executivo é eleito diretamente pelo sufrágio popular e tem um mandato independente do Parlamento. A origem do presidente e do Parlamento (os deputados e senadores) são distintas, posto que a eleição para cada um pode ser desvinculada no tempo (ocorrendo em datas diferentes, o que não é o caso do Brasil) ou, quando a eleição é “casada” (realizada na mesma data, como no Brasil), o eleitor sempre pode optar por eleger um presidente de um partido e um representante parlamentar de outra agremiação. Em resumo: o presidencialismo difere do parlamentarismo justamente pelas origens distintas do poder Executivo e do poder Legislativo. Ao passo que no parlamentarismo o Executivo surge da correlação de forças entre os partidos eleitos para o Parlamento, no presidencialismo o Executivo

deriva da eleição direta do presidente pelos cidadãos.

De outro lado, "coalizão" refere-se a acordos entre partidos (normalmente com vistas a ocupar cargos no governo) e alianças entre forças políticas (dificilmente em torno de ideias ou programas) para alcançar determinados objetivos. Em sistemas multipartidários, nos quais há mais do que dois partidos relevantes disputando eleições e ocupando cadeiras no Congresso, difícil mente o partido do presidente possuirá ampla maioria no Parlamento para aprovar seus projetos e implementar suas políticas. Na maioria das vezes a coalizão é feita para sustentar um governo, dando-lhe suporte político no Legislativo (em primeiro lugar) e influenciando na formulação das políticas (secundariamente). Assim, alguns partidos, ou muitos, dependendo da conjuntura política, se juntam para formar um consórcio de apoio ao chefe de governo. Essa prática é muito comum no sistema parlamentarista, no qual uma coalizão interpartidária disputa as eleições para o Legislativo visando obter a maioria das cadeiras e com isso indicar ("eleger") o primeiro-ministro.

A peculiaridade do sistema político brasileiro deve-se ao fato de conjugar o pacto interpartidos do parlamentarismo e a eleição direta para o chefe do governo, traço típico do presidencialismo. O observador político Fernando Henrique Cardoso acertou na mosca quando disse que, por mais bem votado que tenha sido o presidente eleito, seu capital eleitoral ("votos") tem de ser, no dia seguinte, convertido em capital político ("apoios"). Do contrário ele reina, mas sem a famosa "base aliada", não governa. . .

Como descrição do que ocorre na cena política, a noção de "presidencialismo de coalizão" parece ser exata. Contudo, vale duas observações para complicar o modelo explicativo do sistema político nacional. O Executivo no Brasil possui um imenso "poder de agenda" e alguns de seus ramos uma alta "capacidade decisória", concentrada em alguns poucos cargos.

Por poder de agenda entenda-se o seguinte: é o Executivo, pela figura do presidente da República, que determina o que será votado e quando será votado (e o que não será votado). O presidente se elege com um programa, os deputados não.

Como o poder de decidir sobre coisas importantes não está espalhado

pelos diferentes agências do Executivo (ministérios, secretarias especiais, conselhos, comissões etc.), mas concentrado em ramos estratégicos do governo, algumas áreas escapam da interferência direta da coalizão. É o caso da área financeira, representada pela santíssima trindade nacional: Banco Central, Conselho de Política Monetária, Ministério da Fazenda.

Esse pedaço do governo não entra na barganha com os políticos porque se quer garantir a “racionalidade” da política econômica. Mas na verdade, sob o argumento de barrar a fisiologia, cria-se um feudo no sistema estatal incontrolável (pelo próprio presidente, inclusive) e que escapa a qualquer supervisão social.

A consequência prática disso é que elegemos políticos que efetivamente não governam. Se as metas de câmbio e a política de juros condicionam todas as demais áreas estratégicas (política de renda, política de emprego, por exemplo), ficamos com o pior de dois mundos: um pedaço do Estado sem poder e loteado entre os políticos da “base”, que bem ou mal elegemos; e um pedaço do Estado com muito poder (capacidade decisória), mas que não elegemos nem controlamos. Daí que muitas vezes o fato da coalizão interpartidária ocupar espaço no gabinete de governo por meio da posse de pastas ministeriais seja menos importante, politicamente, que o comando que alguns grupos sociais podem ter sobre a capacidade decisória do governo. (CODATO, 2015)

No sistema brasileiro, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, conforme determina o texto constitucional (art. 2º da CF). A separação de Poderes é cláusula pétrea da Constituição Federal, não podendo ser deliberada emenda constitucional que tenda a abolir (art. 60, § 4º, inciso III, da CF). A Carta Magna contempla sistema de freios e contrapesos, com o escopo de controlar e equilibrar o exercício dos Poderes constituídos. Tudo funcionaria perfeitamente, se houvesse por parte do eleitorado a sabedoria de eleger um governante para o executivo votando em candidatos da sua base para o legislativo. Ocorre que, ao não seguir essa lógica, ocorrem situações como no Brasil na última década, em que se elege um governo de caráter progressista e um congresso conservador. Essa discrepância, interfere no sistema de freios e contrapesos mencionado acima.

Desde o primeiro governo da redemocratização do ex-presidente Fernando Collor de Melo, a relação entre o executivo e o legislativo é conturbada. Já naquela primeira experiência ficou claro que um presidente da república sem base parlamentar estaria fadado ao fracasso e/ou a instabilidade. Eleito por um partido de pequeno porte, com o

apoio do sistema financeiro e da mídia, Fernando Collor não possuía base forte no Congresso Nacional. Após frustradas medidas econômicas, o então presidente perdeu o apoio da grande imprensa e do Mercado financeiro. Quando sofreu denúncias de crime de responsabilidade, deu-se abertura do processo impeachment e o presidente não suportou. Já na primeira experiência o presidencialismo de coalizão dava sinais de que uma base parlamentar é fundamental para a estabilidade do governo.

Nos governos que se sucederam ficou cabalmente comprovada a falência do atual sistema. No governo FHC, houve denúncias de compra de votos da emenda que permitiu a reeleição do então presidente. No primeiro governo Lula, ocorreu o mensalão. O mensalão, deflagrado na Ação Penal 470, nada mais era do que dinheiro dado indevidamente a parlamentares em troca de votos a favor do governo. O presidencialismo de coalizão intensificou uma prática já conhecida da política brasileira o “toma lá dá cá”.

No ano passado, ficou mais uma vez comprovada a necessidade de se repensar este sistema. A presidenta eleita Dilma Roussef sofreu o impeachment em julgamento que se caracterizou muito mais pela política do que pelo suposto crime cometido. É fato que a presidenta havia perdido a governabilidade, entretanto não está presente no ordenamento político brasileiro a figura do “recall”. O recall, é um instituto jurídico Americano que permite a população decidir se o presidente da república deve continuar o mandato ou não. O que passou no Brasil foi um “recall na marra”. E provou que o poder legislativo pode se sobrepor ao executivo no presidencialismo de coalizão.

Após o impeachment da presidenta eleita, assumiu seu vice Michel Temer. Para não ter o mesmo destino, o atual presidente distribuiu abertamente cargos entre a base aliada e libera emendas a parlamentares em troca de votos a favor do governo. O governo de Jair Bolsonaro não foi diferente tendo institucionalizado o orçamento secreto, no qual o executivo, em verdade, se torna refém dos poder legislativo. Destaca-se que tal orçamento é mantido no atual governo Lula sob o nome de “emendas ao relator”. A experiência de todos os governos pós redemocratização mostra os problemas do presidencialismo adotado. Neste momento, chegou-se ao ápice. O sistema ruiu. Deve-se pensar em outra forma para as próximas décadas.

6. CONCLUSÃO

O parlamentarismo, é defendido por alguns como o modelo ideal para o Brasil. Entre tanto, em 1993 o povo foi chamado para votar em plebiscito sobre qual sistema de governo o Brasil deveria adotar. Apesar de populares forças políticas terem sido a favor do parlamentarismo, a esmagadora maioria da população preferiu o sistema presidencialista. O brasileiro e o latino-americano em geral, possui historicamente o culto a um líder. Seria necessária uma mudança cultural para que a população se acostumas-

em um governo parlamentarista, e um sistema de governo que busca fortalecer a democracia não pode ser imposto e sim escolhido pela população.

Uma alternativa para esta crise seria o sistema adotado pela França o Semipresidencialismo. Fortalece-se o executivo perante o parlamento, e continua existindo a figura do Presidente da República.

Este sistema é defendido por Luís Roberto Barroso, que diz em estudo: Sem embargo de suas virtudes, os dois modelos clássicos – parlamentarismo e presidencialismo – apresentam disfunções importantes. Esses problemas se manifestam tanto no plano da instauração de regimes verdadeiramente democráticos, quanto no que diz respeito à governabilidade, à eficiência e à capacidade estrutural de superar crises políticas. O modelo semipresidencialista surge como uma alternativa que busca reunir as qualidades desses sistemas puros, sem incidir em algumas de suas vicissitudes. Ressalte-se, desde logo, não se tratar de um modelo híbrido desprovido de unidade e coerência, um agregado de elementos estanques. Pelo contrário, trata-se de uma fórmula dotada de identidade própria, capaz de oferecer solução adequada para alguns dos principais problemas da vida política brasileira.

No semipresidencialismo, o Presidente da República é o chefe de Estado, eleito pelo voto direto do povo, e o Primeiro-Ministro o chefe de Governo, nomeado pelo Presidente e chancelado pela maioria do Parlamento. Assim como no parlamentarismo, no semipresidencialismo também tem lugar a dualidade do Executivo, que se divide entre as chefias de Estado e de Governo.

Contudo, enquanto no parlamentarismo a chefia de Estado tem funções meramente formais (como as de representação internacional, assinatura de tratados, geralmente a pedido do Primeiro-Ministro), no semipresidencialismo lhe são atribuídas algumas importantes funções políticas. Dentre essas se destacam, de modo geral, as seguintes: nomear o Primeiro-Ministro; dissolver o Parlamento; propor projetos de lei; conduzir a política externa; exercer poderes especiais em momentos de crise; submeter leis à Corte Constitucional; exercer o comando das Forças Armadas; nomear alguns funcionários de alto-escalão; convocar referendos²¹. A nota distintiva dos países que adotam o semipresidencialismo situa-se na maior ou menor atuação do Presidente na vida política.

A principal vantagem que o semipresidencialismo herda do parlamentarismo repousa nos mecanismos céleres para a substituição do Governo, sem que com isso se provoquem crises institucionais de maior gravidade. O Primeiro-Ministro pode ser substituído sem que tenha de se submeter aos complexos e demorados mecanismos do *impeachment* e do *recall*. Por outro lado, se quem está em desacordo com a vontade popular não é o Primeiro-Ministro 16

(ou não é apenas ele), mas o próprio Parlamento, cabe ao Presidente dissolvê-lo e convocar novas eleições. Do presidencialismo, o sistema semipresidencialista mantém, especialmente, a eleição do Presidente da República e parte de suas competências. A eleição direta garante especial legitimidade ao mandatário, dando sentido político consistente a sua atuação institucional. O ponto merece um comentário adicional.

No semipresidencialismo, as funções do chefe de Estado se aproximam daquelas atribuídas ao Poder Moderador por Benjamin Constant. O Presidente da República se situa em uma posição de superioridade institucional em relação à chefia de Governo e ao Parlamento, mas esse papel especial não se legitima no exercício da política ordinária, mas na atuação equilibrada na superação de crises políticas e na recomposição dos órgãos do Estado²³.

Embora o semipresidencialismo esteja necessariamente vinculado à forma republicana, o fato de a chefia de Estado ser exercida por um Presidente eleito não é suficiente para caracterizá-lo. É possível conceber um sistema parlamentarista em que o chefe de Estado também seja um Presidente eleito. O fundamental, no particular, é que seja titular de competências políticas significativas.

O semipresidencialismo é adotado em diversos países (como Colômbia, Finlândia, França, Polônia, Portugal e Romênia) (BAROSSO, 2006)

Conforme bem demonstra o Ministro, o sistema semipresidencialista possui histórico de sucesso em outros ordenamentos do mundo ocidental, permite que exista a figura do "líder", e detém de mecanismos menos traumáticos para mudanças em casos de instabilidade política.

Por fim, como bem elucida Norberto Bobbio, o defeito não está no sistema político e sim no homem. Desta maneira, ainda que se pense e discuta a reforma no sistema político, a bandeira da ética nas relações não pode ser esquecida.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

BARROSO, Luís Roberto. **A reforma política: uma proposta de sistema de go verno, eleito oral e partidário para o Brasil**. Revista de direito do Estado: RDE, nº 3. 2006.

CODATO, Adriano; COSTA, Luiz Domingos; MASSIMO, Lucas (Eds.). **Retratos da classe política brasileira. Estudo de Ciência Política**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 5ª Edição. São Paulo: Del Rey. 2013.

HORTA, Raul Machado. **Tendências atuais dos regimes de governo**. Revista de informação legislativa : v. 24. n. 95. 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva. 1993. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

DIREITO À PREVIDÊNCIA DOS TRABALHADORES RURAIS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

LEONARDO GELATTI BACKES:

Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - CNEC/IESA. Advogado. Técnico do Seguro Social no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá e em Seguridade Social pela Faculdade Focus.

Resumo: O presente artigo aborda a matéria ligada à previdência social, com o foco para a previdência social dos trabalhadores rurais – segurados especiais. O objetivo é traçar uma evolução histórica dessas políticas públicas. Começando com um contexto histórico que remonta às origens das políticas de seguridade social, o estudo investiga como o reconhecimento dos direitos previdenciários para os trabalhadores rurais se desenvolveu. O artigo examina a criação das políticas de seguridade social voltadas para essa população específica. Além disso, analisa as leis e regulamentos que moldaram o acesso dos trabalhadores rurais a benefícios como aposentadoria, pensão por morte e auxílio-doença. Por meio de uma abordagem histórica e principalmente qualitativa, procedeu-se com pesquisa bibliográfica, por meio de livros e artigos, a fim de luz sobre os desafios e conquistas enfrentados pelos trabalhadores rurais em sua busca por proteção social ao longo dos anos.

Palavras-Chave: Direito Previdenciário. Seguridade Social. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Trabalhadores Rurais. Rural. Agrícola.

Introdução

O direito à previdência social é uma conquista essencial para a proteção e o bem-estar dos trabalhadores em todas as partes do mundo. No entanto, nem sempre foi acessível a todos os segmentos. Uma das populações historicamente desafiadas a obter esse reconhecimento e esse amparo estatal adequado tem sido os trabalhadores rurais.

Este artigo aborda a perspectiva histórica do reconhecimento desses direitos, indicando marcos legais e evoluções na abordagem dessa matéria.

A história da previdência social para os trabalhadores rurais demonstra uma vitória de movimentos na busca de ações estatais para o amparo dessa população com o implemento de políticas sociais. Está intrinsecamente ligada à transformação das economias agrícolas e à evolução das sociedades. Examinaremos os principais marcos históricos, legislações e reformas que afetaram significativamente o acesso dos trabalhadores rurais aos benefícios previdenciários.

Este estudo tem como objetivo fornecer uma visão mais esclarecedora sobre as questões previdenciárias relacionadas aos trabalhadores rurais, enfatizando a relevância da história como um direcionamento para o avanço futuro.

A Previdência Social no Brasil

No Brasil a seguridade social nasce da necessidade da proteção social, sendo atualmente dividida entre previdência social, assistência social e saúde.

Conforme João Batista Lazzari et al. (2010), o marco inicial do sistema de previdência social no Brasil é a Ley Eloy Chaves, Decreto Legislativo nº 4.682/1923, que estabeleceu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP) dos ferroviários. Sendo que tal regime não detinha abrangência e era estabelecido apenas por empresa, possuindo, portanto, um baixo número de contribuintes. Era restrito aos empregados da respectiva firma e não detinha gerenciamento estatal. Posteriormente, houve o surgimento de CAP de outras empresas.

No ano de 1933, após uma crise do sistema previdenciário ora adotado, Lazzari et al. (2010) explanam que a estrutura passou a se aglomerar por categoria profissional, gerando a criação dos chamados Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), inicialmente apenas para os Marítimos, Comerciais, Bancários e Empregados em Transportes de Carga. Dessa forma, nota-se, de acordo com Hugo Goes (2014), que esses Institutos, diferentemente das CAP, eram autarquias nacionais, com centralização no governo federal e organizadas por categorias profissionais.

Com o crescente número de IAP e consequentes diferenças no gerenciamento dos recolhimentos e concessões de benefícios, sobrevém a necessidade de agregar os institutos, excluindo-se os abismos entre as categorias que até então tal sistema de previdência estabelecia. Assim, Goes aponta que, por meio do Decreto-Lei 72/66, "em 1º de janeiro de 1967, com o surgimento do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), foram unificados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP)" (2014, p. 04).

Contados dez anos do Decreto citado, por meio da Lei 6.439/77, surge o Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social (SINPAS). Lazzari et al. (2010) explicam que tal sistema teria suas atribuições divididas entre diversas autarquias e, conforme Goes (2014),

apontaria para a missão de integrar as atividades da previdência social, da assistência médica e da assistência social por meio das seguintes entidades: INPS – Instituto Nacional de Previdência Social (responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários), IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (competente pelo gerenciamento do setor de arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias), INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (promovia o atendimento dos segurados e dependentes na área da saúde), LBA - Fundação Legião Brasileira de Assistência (atendia a população carente, especialmente idosos e gestantes), FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (proporcionava uma atenção direcionada a crianças carentes), DATAPREV – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (conduzia o controle dos dados do sistema) e CEME – Central de Medicamentos (fabricação e distribuição de medicamentos gratuitamente ou a custo reduzido).

Esse sistema resistiu por alguns anos, no entanto, tais autarquias foram sendo extintas. A Dataprev foi a única que se manteve, atuando nos serviços de processamento de dados.

Por influência do texto constitucional de 1988,

em 27/6/1990, o Decreto nº 99.350 criou o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão resultante da fusão do INPS e IAPAS, com as seguintes atribuições: promover a arrecadação e fiscalização e a cobrança das contribuições sociais destinadas ao financiamento da Previdência Social, na forma da legislação em vigor; e promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social (EDUARDO; EDUARDO, 2013, p. 8).

Frederico Amado (2015) elucida que, posteriormente, depois de estabelecido o Instituto Nacional do Seguro Social, surgiu a necessidade de alteração e inserção de regras constitucionais nessa área, promovendo o advento da chamada de primeira reforma da previdência, realizada pela Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998. O referido autor abrevia e ventila que “inúmeras alterações foram perpetradas em nosso regime previdenciário, mas a sua essência foi mantida, pois os planos básicos brasileiros continuam a ser públicos e com o regime de repartição (fundo único)” (2015, p. 74).

Outra alteração significativa nas regras previdenciárias somente ocorreu no ano de 2003, por meio das Emendas Constitucionais de números 41 e 42. Lazzari et al. (2010) acrescentam que tais alterações afetaram essencialmente os regimes próprios de agentes

públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo que acerca do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) se limitaram estritamente em itens pontuais.

Em 2003, quando da votação das propostas de emendas constitucionais relativas à previdência, houve um dissenso entre os parlamentares; assim, a parte discutida foi retirada do texto e constituiu-se uma nova proposta de emenda. Por conseguinte, tal tramitou no Congresso e foi aprovada somente no ano de 2005, sendo a EC nº 47.

Tal mudança tratou de regras de transição estabelecidas pelas anteriores, além de modificar as contribuições dos aposentados e pensionistas dos regimes próprios de previdência quando o beneficiário for, de acordo com a lei, portador de doença incapacitante, conforme menciona Goes (2015). Porém, de acordo com o mesmo autor, sobreveio, em relação ao RGPS, uma alteração importante que permitiu à lei criar

Um sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo (CF, art. 201 §12). Esse sistema especial de inclusão previdenciária terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do Regime Geral de Previdência Social (GOES, 2015, p. 12).

Ainda, traz-se à baila o texto da Constituição Federal, precisamente o art. 194, que caracteriza a seguridade social como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Em definição de José Antonio Savaris e Daniel Machado da Rocha (2014), a seguridade social brasileira caracteriza-se por ser um modelo de proteção social adotado pelo Estado e pela sociedade, no intuito de proteger o indivíduo contra adversidades que possam vir a prejudicar sua saúde, retardar ou impedir seu desenvolvimento ou diminuir condições de munir sua própria subsistência. Além disso, reforça-se que deve ser entendida como uma técnica de proteção social a fim de cumprimento dos objetivos fundamentais da Constituição, como a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com término da pobreza, dignidade e redução das desigualdades sociais.

Os Rurícolas na Previdência Social

Sobre o segurado especial do Regime Geral de Previdência Social, categoria na qual se encontra o trabalhador rural, urge anotar que é uma figura jurídica que teve

nascimento com o advento das Leis 8.212/91 e Lei 8.213/91. Jane Lucia Wilhelm Berwanger (2014) esclarece que é a categoria de segurados mais complexa, pois detém diversos elementos e há maior complexidade na comprovação da condição.

A Carta Magna não nominou o segurado especial em seu texto, mas expressou subsídios que vieram a conceituar tal condição, sendo que se preocupou, em seu art. 195, §8º, em estabelecer forma diferenciada de contribuição àqueles que hoje fazem parte desta categoria. Destaca-se que é o único conjunto de segurados com conceito estabelecido na Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Entretanto, essa atenção despendida pelos constituintes em classificar o segurado especial, abarcando ali os trabalhadores rurais, detém um caráter de garantia, pois os atuantes da labuta rurícola, por muito tempo, não foram objeto de proteção social pelo Estado. Parafraseando Berwanger (2014), a proteção, no Brasil, para eles, no que se refere a direitos trabalhistas e previdenciários, foi evoluindo ao passo em que diminuía a população campesina.

Conforme a mesma autora, o atraso no reconhecimento de direitos à população de trabalhadores rurais deu-se pelo fato de que as origens desse labor são ligadas à exploração dos imigrantes e dos escravos. Portanto, justifica-se o motivo desses trabalhadores não estarem abraçados pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pois os grandes proprietários não se conformavam em ter obrigações pela contratação de mão-de-obra, vez que obtinham, até então, o trabalho escravo ou de imigrantes.

A criação de normas trabalhistas que abarcassem os campesinos foi demasiadamente atrasada, mas mesmo depois do advento de diversas regulamentações nesse sentido, ainda não se tratava de proteção previdenciária. Eis que somente no ano de 1963, ou seja, quarenta anos após o nascimento do primitivo sistema previdenciário gerado

pela chamada Lei Eloy Chaves, surge no mundo jurídico a primeira norma que se preocupa em conceder benefícios que protegessem a população rural.

A Lei nº 4.214/63 instituiu o Estatuto do Trabalhador Rural e tratou das normas trabalhistas que eram aplicáveis aos trabalhadores rurais, porém não exclusivamente, pois conforme ensinamento Berwanger (2014), também discorreu acerca da previdência, autorizando a criação do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Somente por meio do Decreto 276, de 28 de fevereiro de 1967, o FUNRURAL foi regulamentado, criando os seguintes benefícios: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por velhice, abono de maternidade, pensão aos beneficiários em caso de morte, assistência médica, assistência à maternidade e auxílio-funeral.

Mostra-se relevante elencar que essa norma instituiu apenas uma fonte de custeio para uma quantidade considerável de benefícios, em que se arrecadava apenas um por cento do valor dos produtos agropecuários, a ser recolhido pelo produtor. Além disso, Feijó Coimbra (1963) acrescenta que foi concedida ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI) a responsabilidade de pagar tais benefícios, pois, na época, se discutia a possibilidade de proceder a unificação das "previdências sociais", urbana e rural.

Além disso, a Lei nº 4.214/63 efetuou a divisão desses segurados em obrigatórios e facultativos, sendo enquadrados como

obrigatórios os trabalhadores rurais, os colonos ou parceiros, bem como os pequenos proprietários rurais, empreiteiros, tarefeiros e as pessoas físicas que explorem atividades agrícolas, pastoris ou na indústria rural, em caráter temporário ou permanente, diretamente ou através de prepostos, desde que com menos de cinco empregados a seu serviço (BERWANGER, 2014, p. 58).

Destaca-se, também, que nesse diploma legal a nomenclatura de trabalhador rural refere-se apenas aos, considerados atualmente, empregados rurais. A respeito dos facultativos, a mesma autora supracitada elenca que eram considerados como tais os "proprietários, em geral, os arrendatários, demais empregados rurais não previstos como obrigatórios, bem como os titulares de firma individual, [...] cuja idade seja, no ato da inscrição, até 50 anos" (BERWANGER, 2014, p. 59).

Ao encontro do que trata Zenilda Paidá (2012), muito embora o Estatuto seja carregado de boa intenção, não obteve o êxito esperado, haja vista a instituição de apenas uma fonte de custeio, sendo, inclusive, de baixo rendimento. Além disso, e como maior agravante, não existiu uma fiscalização na cobrança do tributo, muito menos atuação adequada do Poder Judiciário.

Até o ano de 1971, a previdência rural permaneceu em inconstância, sendo que foram praticadas alternativas no intuito de melhorar a arrecadação, todavia, não obtiveram o resultado esperado. Ademais, adveio a Lei Complementar 11, de 25 de maio de 1971, que, de acordo com Tania Maria Rocha Cassiano Cunha (2009), mesmo não sendo a primeira a tratar do tema, é considerada como o marco inicial da previdência no meio rural. Tal norma inaugurou o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL).

Esse sistema ampliou o conceito de trabalhador rural. Berwanger (2008) cita que foram considerados assim, além dos empregados rurais, os parceiros, arrendatários, posseiros e pequenos proprietários rurais, mas desde que estritamente em regime de economia familiar, sem a contratação de empregados. Uma peculiaridade do programa é o fato de que apenas o “chefe da família” poderia acessar os benefícios, sendo que, por exemplo, as mulheres trabalhadoras rurais só poderiam alcançar o direito à pensão, como dependentes do falecido esposo trabalhador rural.

Acerca dos benefícios, percebe-se um abismo entre os que eram oferecidos aos trabalhadores urbanos, pois aos rurais previa-se a aposentadoria por velhice, aos 65 anos, e por invalidez, pensão por morte e auxílio funeral. Na explicação de Luis Paulo Suzigan Mano (2014), a aposentadoria proporcionava o valor de meio salário-mínimo ao beneficiário e a pensão proporcionava o recebimento de apenas 30% do mesmo valor.

Outrossim, conforme análise de Berwanger (2008), constata-se uma diferença trazida pelo programa acerca do custeio, que dessa vez foi garantido pelo desconto de 2% da comercialização do que era produzido no campo e de 2,4% sobre a folha de pagamento das empresas urbanas, mas sobre os assalariados rurais não incidiu contribuição.

A partir do PRORURAL não houve maiores modificações e proteções aos atuantes no labor rural, apenas a incorporação ao INPS e, mais tarde, ao INSS. Somente com a vinda da Carta Magna de 1988 se observaram importantes conquistas, onde, de plano, o legislador indicou que não existiria benefício de valor menor que um salário mínimo, além da inclusão das mulheres no sistema previdenciário, de igualar o empregado rural ao urbano e de agregar as figuras do pescador artesanal e garimpeiro ao conceito de segurado especial.

Mais tarde, a lei estabeleceu três categorias que tratam dos envolvidos com o trabalho campestre, empregados rurais, contribuintes individuais e segurados especiais, além dos empregadores rurais. A Lei de Benefícios da Previdência Social estabeleceu igualdade entre a condição de empregado rural e urbano, indicando-os como segurados obrigatórios e conceituando, então, em seu art. 11, inciso I, o empregado como “aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob

sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado” (BRASIL, 1991).

O mesmo diploma legal informa, em seu art. 11, inciso V, que aquele indivíduo que presta serviço, seja urbano ou rural, mas com eventualidade, a uma ou mais empresas e desde que inexistindo relação de emprego, será classificado como contribuinte individual.

Por fim, há o enquadramento como segurado especial, amparado no inciso VII do mesmo art. da lei, que conceitua essa categoria como sendo o:

produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo (BRASIL, 1991).

Com efeito, o §1º de tal dispositivo define o que se compreende por regime de economia familiar como a atividade em que o labor dos membros da família é imperioso à própria subsistência, além de dever ser exercido em mútua dependência e colaboração, inclusive, sem a utilização de empregados.

Registra-se a lição de José Enéas Kovalczuk Filho (2015), definindo como inegável a existência da função social dos benefícios previdenciários destinados à população rural, sobretudo pela construção da uniformização dos benefícios previdenciários urbanos e rurais como política pública de Estado prevista na Constituição da República de 1988, após todas as pressões sociais e edições de variadas legislações. Ainda, destaca-se o importante vetor da uniformização dos benefícios urbanos e rurais: amenizar o êxodo rural e conceder plenitude à segurança alimentar de todo o país.

Considerações Finais

A história nos ensina que as políticas de seguridade social não são apenas uma criação legal, mas um reflexo das transformações sociais, econômicas e políticas que moldam as sociedades ao longo do tempo.

Os camponeses, por sua importância a produção de alimentos e o desenvolvimento das economias, enfrentam desafios únicos na busca por reconhecimento e proteção social. Entretanto, ao longo dos anos, houve progressos notáveis com a promulgação de leis e reformas que visam garantir um acesso mais equitativo aos benefícios previdenciários. O acesso à previdência não somente alivia a vulnerabilidade, mas também promove a estabilidade social e o progresso econômico em áreas rurais.

Há que se atentar que o caminho de uma igualdade no acesso à previdência social para os trabalhadores rurais ainda está em andamento. Desafios persistentes, como a extensão efetiva da cobertura previdenciária e a adaptação às mudanças nas estruturas agrícolas, continuam a exigir atenção. Ademais, há que se atentar para propostas que buscam estabelecer um retrocesso nessa seara, como tentativas de retornar a proteção dos camponeses à seara tão somente assistencial.

É fundamental que os legisladores, administradores públicos, sociedade civil e comunidade acadêmica continuem a colaborar na busca por soluções que assegurem que cada trabalhador rural tenha acesso adequado à previdência social.

Referências

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**: coleção sinopses para concursos. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. Linhas Gerais Sobre o Processo Administrativo Previdenciário. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2614, 28 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado Especial**: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Elementos estranhos ao conceito do segurado especial. *In*: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. **Previdência em tempos de reforma**. Porto Alegre: Magister, 2015.

_____. **Previdência Rural**: inclusão social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015. **Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

CALADO, Maria dos Remedios. Enquadramento do Trabalhador Rural, Manutenção e Perda da Condição de Segurado Especial Perante a Previdência Social. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9527>. Acesso em: 23 jun 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COIMBRA, J. R. Feijó. **O Trabalhador Rural e a Previdência Social**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968.

CUNHA, Tânia Maria Rocha Cassiano. **Inclusão do Trabalhador Rural na Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/12430/t/inclusao-do-trabalhador-rural-na-previdencia-social>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

DUNKA, André Leonardo. **Processo Administrativo Previdenciário: benefícios**. 90 f. Monografia (Faculdade de Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andre%20Leonardo%20Dunka.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de Direito Previdenciário: Teoria, jurisprudência e questões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

KOVALCZUK FILHO, José Enéas. **A Função Social da Proteção Previdenciária aos Trabalhadores Rurais**. São Paulo: LTr, 2015.

LAZZARI, João Batista. et al. **Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

LEAL, Ruy de Ávila Caetano. Princípio da Oficialidade e Verdade Material no Processo Administrativo Previdenciário: Comprovação do exercício de atividade rural. **Juris Plenum Previdenciária: Doutrina e jurisprudência**. Caxias do Sul, v. 2, n. 07, p. 83-104, ago. 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2011;1000990368>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

MANO, Luis Paulo Suzigan. A Previdência do Trabalhador Rural no Brasil: enquadramento jurídico do boia-fria. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4145, 06 nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9527>. Acesso em: 23 jun. 2015.

MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administrativo Previdenciário: Prática para um processo de benefício eficiente**. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

PAIDA, Zenilda. Trabalhador Rural. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36550&seo=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

PEREIRA, Jônatas Andrade. Justificação Administrativa Previdenciária. **ORBIS: Revista Científica**. V. 3, n. 2. Campina Grande. 2012. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/download/121/121>>. Acesso em: 19 out. 2016.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural – Segurado Especial:** legislação, doutrina e jurisprudência. Curitiba: Alteridade Editora, 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SAVARIS, José Antonio; ROCHA, Daniel Machado da. **Curso de Direito Previdenciário:** fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS NOS CASOS DE GOLPE VIA TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA OU PIX

BRUNO QUARESMA VIVAS:

Servidor Público Federal (Trf 4).
Bacharel em Direito, (UFF), pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale⁹⁰.

Resumo: O artigo em questão aborda a responsabilidade das instituições bancárias em casos de golpes envolvendo transferências eletrônicas e o sistema de pagamentos instantâneos PIX. O PIX é uma modalidade de pagamento amplamente adotada no Brasil que permite a transferência de dinheiro de forma rápida e fácil entre contas bancárias. No entanto, essa conveniência também pode abrir espaço para atividades fraudulentas, como golpes, que podem prejudicar os clientes e acentuar a já presumida vulnerabilidade do consumidor.

Palavras-chave: fraude eletrônica; pix; responsabilidade civil; instituições financeiras; dever de segurança; consumidor.

Introdução

O artigo analisa as implicações legais e éticas relacionadas à responsabilidade das instituições financeiras em tais situações, são destacados alguns pontos-chave: Dever de segurança: As instituições bancárias têm o dever de implementar medidas de segurança adequadas para proteger as informações dos clientes e prevenir golpes. Isso inclui a proteção contra acessos não autorizados e a garantia de que os clientes estejam cientes dos riscos associados ao uso do PIX.

Responsabilidade compartilhada: muitas vezes, golpes via PIX envolvem a participação ativa dos clientes, como o compartilhamento de senhas ou códigos de autenticação. Nesses casos, a responsabilidade pelo golpe pode ser compartilhada entre o cliente e a instituição financeira, dependendo das circunstâncias.

Procedimentos de investigação: os procedimentos que as instituições financeiras devem seguir para investigar alegações de fraude no uso do PIX. Isso inclui a análise de logs de transações e a colaboração com autoridades policiais, quando necessário.

⁹⁰ Email: brunoqvivas@gmail.com

Em resumo, é discutido como as instituições bancárias têm a responsabilidade de garantir a segurança das transações eletrônicas e PIX e como essa responsabilidade é compartilhada com os clientes em casos de golpes.

Além disso, são enfatizadas a importância de medidas de segurança robustas e da conduta dos clientes para prevenir fraudes e proteger os interesses de ambas as partes envolvidas.

1. Da responsabilidade civil: considerações gerais

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outra pessoa, seja por ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia. É um princípio do direito civil que visa garantir a reparação dos danos sofridos por terceiros em decorrência de uma conduta ilícita. A responsabilidade civil pode ser dividida em duas categorias: responsabilidade civil contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil contratual ocorre quando uma das partes de um contrato descumpre alguma cláusula ou obrigação prevista no contrato, causando prejuízo à outra parte. Nesse caso, a parte prejudicada pode exigir a reparação do dano causado.

Já a responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade civil aquiliana, ocorre quando alguém causa dano a outra pessoa sem que exista um contrato entre eles. Nesse caso, a pessoa prejudicada pode exigir a reparação do dano causado, desde que comprove a existência de culpa ou dolo por parte do causador do dano.

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. **Na responsabilidade civil objetiva**, não é necessário comprovar a existência de culpa por parte do causador do dano, bastando apenas a comprovação do nexo causal entre a conduta e o dano causado. Já na responsabilidade civil subjetiva, é necessário comprovar a existência de culpa ou dolo por parte do causador do dano.

A reparação do dano causado pode ser feita de diversas formas, como o pagamento de uma indenização em dinheiro, a reparação do bem danificado, a prestação de serviços, entre outros. A finalidade da responsabilidade civil é restabelecer o equilíbrio entre as partes, garantindo a reparação do dano causado e evitando a impunidade.

2. Responsabilidade objetiva das instituições bancárias

No Brasil, conforme dispõe a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor as instituições bancárias.

Súmula 297 do STJ - "O Código de Defesa do Consumidor é

aplicável às instituições financeiras.”

Isso significa que, em casos de fraude ou qualquer outro tipo de problema relacionado aos serviços bancários, a instituição é responsável pelos danos causados, independente mente da comprovação de culpa.

De acordo com o CDC, as instituições bancárias são consideradas fornecedores de serviços financeiros e, como tal, **têm o dever de garantir a segurança e a qualidade dos serviços prestados aos consumidores**. Isso inclui a proteção contra fraudes e a adoção de medidas de segurança adequadas para evitar danos aos clientes.

Caso ocorra uma fraude no sistema bancário, o consumidor tem o direito de exigir a reparação dos danos causados, seja por meio de ressarcimento financeiro, restituição de valores indevidamente debitados, cancelamento de cobranças indevidas, entre outras medidas necessárias para corrigir a situação.

É importante ressaltar que, para que a responsabilidade objetiva das instituições bancárias seja aplicada, é necessário que o consumidor comprove a ocorrência do dano e a relação de consumo estabelecida com a instituição. **Além disso, é fundamental que o consumidor tenha agido de forma diligente na proteção de suas informações e transações, seguindo as orientações de segurança fornecidas pela instituição.** Em síntese, o CDC estabelece a responsabilidade objetiva das instituições bancárias em relação aos danos causados aos consumidores, garantindo que estes tenham seus direitos protegidos e possam exigir a reparação dos danos sofridos em casos de fraude ou qualquer outro problema relacionado aos serviços bancários, entretanto a teoria do risco - adotada pelo CDC e pelo Código Civil (artigo 927, parágrafo único), **admitem hipóteses em que restará excluída a responsabilidade da instituição bancária (fornecedor)**, tais como a inexistência do defeito da prestação dos serviços e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Conforme aduz o STJ em entendimento sumulado restará caracterizada a responsabilidade objetiva da instituição, nos casos de “fortuito interno”.

Súmula 479 do STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

O fortuito interno e o fortuito externo são conceitos utilizados no direito para diferenciar situações em que ocorrem eventos imprevisíveis que podem afetar o cumprimento de uma obrigação.

O **fortuito interno** refere-se a eventos imprevisíveis que ocorrem dentro da esfera de controle da instituição bancária. Por exemplo, **se um funcionário do banco comete um erro ou dolo ao processar uma transação**, resultando em prejuízo para o cliente, isso seria considerado um fortuito interno. Nesse caso, a instituição bancária seria responsável pelos danos causados, pois o evento ocorreu dentro de sua esfera de controle e responsabilidade.

Já o fortuito externo refere-se a **eventos imprevisíveis** que ocorrem fora da esfera de controle da instituição bancária. Por exemplo, o golpe por meio de estelionato sofrido pelo consumidor sem que houvesse qualquer participação da instituição bancária ou de algum agente ligado a ela, em um primeiro momento isso seria considerado um fortuito externo. Nesse caso, a instituição bancária não seria responsabilizada pelos danos causados, pois o **evento ocorreu fora de sua esfera de controle** e não poderia ter sido previsto ou evitado.

Entretanto, mesmo em situações de fortuito externo, as instituições bancárias podem ter a obrigação de adotar medidas razoáveis para minimizar os danos causados aos clientes. Veja-se importante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIBILIDADE DE DÉBITO. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. (. . .) 7. Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto. Precedentes. **8. A vulnerabilidade do sistema bancário, que admite operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos consumidores, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre em falha da prestação de serviço.** 9. Para a ocorrência do evento danoso, isto é, o êxito do estelionato, necessária concorrência de causas: (i) por parte do consumidor, ao fornecer o cartão magnético e a senha pessoal ao estelionatário, bem como (ii) por parte do banco, ao violar o seu dever de segurança por não criar mecanismos que obstem transações bancárias com aparência de ilegalidade por destoarem do perfil de compra do consumidor. 10. Na hipótese, contudo, verifica-se que o*

consumidor é pessoa idosa, razão pela qual a imputação de responsabilidade há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, sempre considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável. 11. Recurso especial provido. (REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)”

É incontroverso que os meios utilizados por estelionatários são os mais diversos e criativos, por meio de simulações, ligações falsas, e softwares de alta tecnologia. Para se contrapor a esse fato, as instituições bancárias possuem o dever de devida diligência reforçada para prevenir tais ações e atuar na proteção do consumidor, em um universo cada vez mais tecnológico.

Nesse sentido destaca-se importante artigo de Alessandra Montini, publicado na página da Febraban:

“Virar a chave do banco offline para o online requer um investimento pesado em ferramentas tecnológicas, principalmente em cibersegurança. Esta deve ser uma prioridade das instituições, já que o ambiente online não está isento de invasões de criminosos.

No ano passado, o auxílio emergencial, benefício do governo federal a pessoas mais vulneráveis diante da pandemia, bateu recordes de fraudes. Diversos criminosos conseguiram invadir o sistema da Caixa e roubar o dinheiro destinado à população de baixa renda.

Por isso, as instituições também têm investido em inteligência artificial para lidar com esses crimes.”

3. Fraudes bancárias. Transações Pix.

Aplicando-se o escopo doutrinário e jurisprudencial já exposto, tem-se que a responsabilidade das instituições bancárias em casos de fraude no sistema de pagamentos instantâneos PIX pode variar de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

Em geral, conforme já relatado acerca da responsabilidade objetiva, as instituições bancárias têm o dever de adotar medidas de segurança adequadas para proteger os dados e transações de seus clientes. Isso inclui a implementação de sistemas de segurança robustos, autenticação em duas etapas, monitoramento de atividades suspeitas e a adoção de políticas de prevenção e detecção de fraudes.

No entanto, é importante ressaltar que a responsabilidade pela segurança das transações também recai sobre os próprios clientes. É fundamental que os usuários adotem medidas de segurança, como o uso de senhas fortes, não compartilhar informações confidenciais e manter seus dispositivos protegidos contra malware e ataques cibernéticos.

Em caso de fraude, o cliente deve entrar em contato **imediatamente** com a instituição bancária para relatar o ocorrido e solicitar as medidas necessárias para resolver a situação. As instituições bancárias, por sua vez, devem possuir mecanismos de investigação e ressarcimento para casos de fraude. Nesse sentido, foi a Resolução nº 1/2020 do Banco Central do Brasil (Bacen).

A Resolução estabelece as diretrizes e os requisitos para a implementação do sistema de pagamentos instantâneos PIX no Brasil. O PIX é um sistema que permite a realização de transferências e pagamentos de forma rápida, segura e disponível 24 horas por dia, todos os dias da semana.

Foram definidas as regras e os procedimentos para a participação das instituições financeiras no PIX, incluindo a necessidade de adesão ao sistema, a definição de responsabilidades, a segurança das transações, a interoperabilidade entre as instituições participantes, entre outros aspectos.

No que diz respeito à segurança das transações, a resolução vai ao encontro da doutrina que prega a necessidade de que as instituições bancárias adotem medidas de segurança adequadas para proteger as informações dos usuários e prevenir fraudes. Isso inclui a implementação de autenticação em duas etapas, monitoramento de atividades suspeitas, adoção de sistemas antifraude e ações para prevenir a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Além disso, a resolução também estabelece que as instituições participantes devem disponibilizar canais de atendimento para os usuários, a fim de solucionar eventuais problemas ou dúvidas relacionadas ao PIX.

Destaca-se *in verbis*, a autorização de bloqueio cautelar dos recursos quando houver suspeitas de ações fraudulentas e o Mecanismo Especial de Devolução.

Art. 32. Os participantes do Pix devem:

V - responsabilizar-se por fraudes no âmbito do Pix decorrentes de falhas nos seus mecanismos de gerenciamento de riscos, compreendendo a inobservância de medidas de gestão de risco definidas neste Regulamento e em dispositivos normativos complementares; (Redação dada, a partir de 28/9/2021, pela

Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)

*Art. 39-B. Os recursos oriundos de uma transação no âmbito do Pix deverão ser bloqueados cautelarmente pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor quando houver suspeita de fraude. **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)***

*§ 1º A avaliação de suspeita de fraude deve incluir: **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)** I - a quantidade de notificações de infração vinculadas ao usuário recebedor; **(Redação dada, a partir de 1º/1/2023, pela Resolução BCB nº 269, de 1º/12/2022.)** II - o tempo decorrido desde a abertura da conta transacional pelo usuário recebedor; **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)***

*III - o horário e o dia da realização da transação; **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)** IV - o perfil do usuário pagador, inclusive em relação à recorrência de transações entre os usuários; e **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)***

*V - outros fatores, a critério de cada participante. **(Incluído, a partir de 28/9/2021, pela Resolução BCB nº 147, de 28/9/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)** § 2º O bloqueio cautelar deve ser efetivado simultaneamente ao crédito na conta transacional do usuário recebedor.*

*Art. 41-B. O Mecanismo Especial de Devolução é o conjunto de regras e de procedimentos operacionais destinado a viabilizar a devolução de um Pix nos casos em que exista fundada suspeita do uso do arranjo para a prática de fraude e naqueles em que se verifique falha operacional no sistema de tecnologia da informação de qualquer dos participantes envolvidos na transação. **(Incluído, a partir de***

1º/11/2021, pela Resolução BCB nº 103, de 8/6/2021, produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)

*Art. 41-C. As devoluções no âmbito do Mecanismo Especial de Devolução serão iniciadas pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário receptor: **(Incluído, a partir de 1º/11/2021, pela Resolução BCB nº 103, de 8/6/2021,***

produzindo efeitos a partir de 16/11/2021.)

*I - por iniciativa própria, caso a conduta supostamente fraudulenta tenha sido identificada pelo participante ou a falha operacional tenha ocorrido no âmbito de seus sistemas, ou após bloqueio cautelar, caso o participante avalie que a transação tenha fundada suspeita de fraude; ou **(Redação dada, a partir de 1º/1/2023, pela Resolução BCB nº 269, de 1º/12/2022.)***

*II - por solicitação do participante prestador de serviço de pagamento do usuário pagador, por meio do DICT, caso ele próprio identifique a conduta supostamente fraudulenta ou receba uma reclamação do usuário pagador, ou a falha operacional tenha ocorrido no âmbito dos sistemas desse participante. **(Redação dada, a partir de 1º/1/2023, pela Resolução BCB nº 269, de 1º/12/2022.)***

4. Conclusão

O artigo versou sobre noções gerais de responsabilidade civil, princípios básicos do direito do consumidor e legislação aplicável no caso de fraude eletrônica via pix.

Conforme norma regulatória do BACEN constitui dever das instituições bancárias a prevenção, identificação e bloqueio de fraudes praticadas por meio do PIX, não restando afastada a responsabilidade pela simples alegação de que não participou do evento de que o correntista/consumidor foi vítima. Não cumprindo o dever de impedir a fraude, quando possível identificá-la, o banco irá responder pelo ressarcimento do dano.

Portanto, partindo-se da premissa que o melhor direito se extrai à luz das peculiaridades de cada caso concreto, deve-se passar para a análise dos elementos trazidos aos autos pelas partes, para verificar se no presente caso há ou não responsabilidade da instituição bancária.

Referências Bibliográficas

Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 7: Responsabilidade Civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. 4. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil: Teoria Geral e suas Aplicações. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado e Legislação Extravagante. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Superior Tribunal de Justiça(STJ). REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022

<https://febrabantech.febraban.org.br/especialista/alessandra-montini/digitalizacao-d-os-bancos-quais-sao-as-tendencias-e-os-desafio>

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS DO MPE E ENTRE ÓRGÃOS DO MPE E MPF E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF

GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (graduado). Pós-Graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ. Advogado⁹¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é esmiuçar o caminho percorrido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de decidir a competência para decisão a respeito do conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público de diferentes estados ou entre órgãos do Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal, bem como seus motivos. Sabe-se que em um primeiro momento entendia-se ser competência do Superior Tribunal de Justiça, após passou-se a defender ser competência do Supremo Tribunal Federal. Em um terceiro instante, prevaleceu a competência do Procurador Geral da República – PGR, até chegarmos aos dias atuais, tendo sido escolhido o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Palavras-chave: Conflito de Atribuições – Ministério Público – Superior Tribunal de Justiça – Supremo Tribunal Federal – Procurador Geral da República – Conselho Nacional do Ministério Público

Sumário: Introdução. 1. Conflito de Atribuições. 1.1. Conceito. 1.2. Espécies. 2. Evolução Jurisprudencial. 2.1. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 2.2. Supremo Tribunal Federal – STF. 2.3. Procurador Geral da República – PGR. 2.4. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Abstract: The objective of this article is to scrutinize the path taken by the jurisprudence of the Federal Supreme Court in order to decide the jurisdiction to decide regarding the conflict of attributions between bodies of the Public Ministry of different states or between bodies of the State Public Ministry and the Federal Public Ministry, as well as their reasons. It is known that at first it was understood to be the jurisdiction of the Superior Court of Justice, after which it was argued that it was the jurisdiction of the Federal Supreme Court. In a third moment, the competence of the Attorney General of the Republic – PGR prevailed, until we reach the present day, with the National Council of the Public Ministry – CNMP being chosen.

91 E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

Keywords: Conflict of Attributions - Public Ministry - Superior Court of Justice – STJ - Federal Supreme Court – STF - Attorney General of the Republic – PGR - National Council of the Public Ministry - CNMP

INTRODUÇÃO

A jurisprudência dos Tribunais Superiores até 2020 foi vacilante ao decidir a respeito da competência para decidir conflito de atribuições envolvendo membros de diferentes Ministérios Públicos estaduais e entre membro do Ministério Público Estadual e membro do Ministério Público Federal.

Em razão disso, até 2005 o posicionamento que vigorava até então era no sentido de conferir a competência ao Superior Tribunal de Justiça, visualizando-se nada mais do que um conflito virtual de competência.

Após, de 2005 a 2016, o passou-se a defender de que a competência seria do Supremo Tribunal Federal, uma vez haver, na verdade, conflito entre diferentes unidades da federação.

Já entre 2016 e 2020, o STF passou a decidir que a competência deveria ser do Procurador Geral da República – PGR, entendendo que o conflito de atribuição não teria natureza jurisdicional, mas administrativa, razão pela qual deveria ser tratado *interna corporis*.

Por fim, desde 2020, houve uma mudança de entendimento, conferindo ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP tal mister.

Dentro desse cenário, o presente artigo buscará esmiuçar os motivos e críticas para cada posicionamento em determinada época, além de expor as razões pelas quais o CNMP é considerado hoje como o órgão competente para tal função.

1. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

1.1 Conceito

O conflito de atribuições pode ser conceituado como o procedimento incidental que visa dirimir a controvérsia entre dois ou mais órgãos do Ministério Público acerca da responsabilidade ativa para a condução de um determinado ato.

Antes de aprofundarmos o conceito, é importante ressaltar sua diferença para o conflito de competência. Este ocorre quando dois órgãos jurisdicionais divergem sobre

quem deverá julgar uma causa. Como bem ressalta Marcio André Lopes⁹², só existe conflito de atribuições se a divergência ficar restrita aos membros do Ministério Público. Se houver pronunciamento dos juízes, encampando ou não as teses levantadas pelo *Parquet*, aí eles estarão discordando entre si e teremos, no caso, um "falso conflito de atribuições" (expressão cunhada por Guilherme de Souza Nucci), pois, na verdade, o que temos é um conflito entre dois juízes, ou seja, um conflito de competência.

Assim, o conflito de atribuições é semelhante ao conflito de competência, o que difere é que neste há pelo menos uma autoridade jurisdicional envolvida.

Há de se ressaltar crítica doutrinária pertinente ao Código de Processo Penal – CPP (arts. 113 a 117), que se refere ao conflito de competência como "conflito de jurisdição", expressão tecnicamente incorreta, pois se a jurisdição é una, não há conflito entre ela. Na realidade, o conflito é sobre a competência para exercer a jurisdição, na medida em que a competência jurisdicional é o limite da jurisdição do juiz, ou seja, é a limitação do poder do juiz de dizer o direito.

Para ilustrar, como exemplo de conflito de competência, pode-se citar o caso clássico referente ao crime de moeda falsa grosseiro e o enunciado de súmula do STJ n.º 73 ("A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual").

Nestes casos, suponhamos que foi instaurado um inquérito policial, que estava tramitando na Justiça Federal, com o objetivo de apurar determinado crime de moeda falsa (Código Penal – CP, art. 289, *caput*⁹³). Ao final do procedimento, o Procurador da República requereu a declinação da competência para a Justiça Estadual, entendendo que não estava presente a hipótese do art. 109, IV, da CF/8894, com base no enunciado de

92 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Conflito de atribuições envolvendo MPE e MPF deve ser dirimido pelo CNMPC. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/21be992eb8016e541a15953eee90760e>>. Acesso em: 03/10/2023

93 "Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04/10/2023.

94 "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;"

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04/10/2023.

súmula n.º 73 do STJ. O Juiz Federal concordou com o pedido e remeteu os autos para a Justiça Estadual. O Juiz Estadual deu vista ao Promotor de Justiça, que entendeu em sentido contrário ao Procurador da República e afirmou que havia interesse direto e específico da União que justificasse o feito ser de competência federal, visto que a falsificação não era grosseira. O Juiz Estadual concordou com o Promotor de Justiça e suscitou conflito de competência. Este conflito deverá ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, "d", da CF/8895.

Neste exemplo, os membros do Ministério Público discordaram entre si. Contudo, essa falta de sintonia não ficou limitada a eles e foi também abraçada pelos juízes. Portanto, em último caso, tivemos um conflito de competência, ou seja, um conflito negativo entre dois órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, em algumas situações, os membros do Ministério Público instauram investigações que tramitam no âmbito da própria instituição. Neste caso, em regra, tais procedimentos não são levados ao Poder Judiciário, salvo no momento em que irá ser oferecida a denúncia, ação por improbidade administrativa, ação civil pública etc. ou se for necessária alguma medida que dependa de autorização judicial (ex: interceptação telefônica; indisponibilidade de bens; afastamento preventivo do gestor público).

Dessa maneira, via de regra, os procedimentos de investigação do *Parquet* tramitarão exclusivamente no âmbito interno da Instituição, e, se houver discordância apenas entre membros do Ministério Público, o conflito não será de competência, mas de atribuição, pois o membro do órgão ministerial não possui competência, exclusiva do magistrado, mas sim atribuição para atuação.

Como exemplo, um Promotor de Justiça instaurou, no Ministério Público Estadual - MPE, procedimento de investigação para apurar danos ambientais no âmbito de um rio, *a priori*, estadual. Contudo, o Procurador da República também instaurou, no âmbito do Ministério Público Federal - MPF, um procedimento investigatório para apurar exatamente o mesmo fato. Assim, temos dois membros diferentes do Ministério Público investigando o mesmo fato, em procedimentos que tramitam apenas no âmbito interno, sem que o Poder Judiciário tenha sido provocado. Neste caso, temos um conflito de atribuições. Se,

95 "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;"

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04/10/2023.

por ventura, descobrir-se posteriormente que o rio, na realidade, é interestadual ou federal, a atribuição para continuar na investigação será do Procurador da República.

1.2 Espécies

De forma similar ao conflito de competência, o conflito de atribuições pode ser positivo ou negativo.

O conflito negativo, mais comum, ocorre quando os órgãos ministeriais entendem que não devem officiar na causa. Já o conflito positivo ocorre quando os membros do Ministério Público entendem que devem officiar na causa.

Feita esta breve introdução, passa-se à análise da evolução jurisprudencial quanto ao conflito de atribuições envolvendo órgão do *Parquet* estadual e federal (ex: MP/RJ x MPF), bem como entre órgãos de estados distintos (ex: MP/BA x MP/SP).

2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

2.1 Superior Tribunal de Justiça – STJ

Até 2005 defendia-se a ideia, e ainda defende-se⁹⁶, sendo inclusive objeto de propositura legal no novo CPP, do Conflito Virtual de Competência, isto é, como mais cedo ou mais tarde esses órgãos ministeriais irão provocar os respectivos juízos perante os quais atuam, esse conflito de atribuições na verdade é um conflito virtual de competência, pois embora ainda não tenha uma decisão de uma autoridade jurisdicional, virá a ter. Logo, a solução seria trabalhar como se estivessemos diante de um conflito de competência. Nesse sentido, STF – Pet 1.503/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 14/11/2002.

Como exemplo, em um conflito envolvendo um procurador da república que atua perante o juiz federal de RS, enquanto um promotor de justiça que atua perante um juiz estadual de SC, a competência seria do STJ com fundamento no art. 105, I, "d", da CFRB/88, já que haveria um conflito virtual de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, no caso, Tribunal Regional Federal da 4ª Região x Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

⁹⁶ "Portanto, *de lege ferenda* pensamos que tais conflitos devam ser dirimidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ou, se considerados como *conflitos virtuais de competência*, pelo Superior Tribunal de Justiça, conclusão que nos parece inclusive mais interessante, porquanto, nesse caso, por se tratar de decisão emanada de um órgão jurisdicional superior, ter-se-ia força vinculante em relação aos órgãos jurisdicionais perante os quais atuam os respectivos órgãos ministeriais". LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1239.

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

2.2 Supremo Tribunal Federal – STF

Posteriormente, entre 2005 e 2016, o STF passou a defender que, na verdade, haveria um conflito entre diferentes unidades da federação, pois não necessariamente os juízes iriam divergir, portanto, não necessariamente haveria um conflito de competência⁹⁷.

A origem se deu exatamente no ano de 2005, em que o promotor da Bahia divergiu do procurador da república em um conflito negativo. Adotada posição anterior, caberia ao STJ resolver a celeuma. Ocorre que os juízes se pronunciaram e entre eles não havia divergência. Dessa maneira, passou-se a entender que não dava pra considerar que sempre que os membros do Ministério Público divergissem, os juízes iriam divergir também.

A partir desse caso, o STF passou a entender que o próprio Supremo teria competência, com fundamento no art. 102, I, "f", da CRFB/8898, uma vez que, no caso citado, o MPF representaria a União e o MPE/BA representaria o Estado da Bahia.

2.3 Procurador Geral da República – PGR

Contudo, em 2016, houve uma mudança no entendimento, entendendo ser competência do Procurador Geral da República, posição que vigorou até 2020. Isso porque, o STF passou a entender que a finalidade do 102, I, "f", da CRFB/88 era evitar a cisão da federação, manter a federação unida e o conflito entre Ministérios Públicos não gerava o risco de cisão.

Além disso, o conflito de atribuição não é jurisdicional, mas sim de natureza administrativa, portanto, deveria ser decidido no âmbito ministerial, pelo chefe do Ministério Público. Por fim, argumentou-se que o STF não tinha condições de dar vazão à

97 STF, Pleno, ACO 853/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 004 26/04/2007 e STF, Pleno, ACO 889/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 227 27/11/2008.

98 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

quantidade de conflitos, o que acabava acarretando a prescrição de inúmeros casos, e o esvaziamento de sua principal função, qual seja, intérprete da Constituição.

A partir disso, o Supremo decidiu que quem deveria resolver esses conflitos de atribuição seria o Procurador Geral da República - PGR, haja vista ser um órgão central do Ministério Público brasileiro (STF, Pleno, ACO 924/ ACO 1.394/ PET 4.706/ PET 4.863, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/05/2016).

Todavia, referido julgado sofreu inúmeras críticas da doutrina, sobretudo por alçar o PGR como chefe dos Ministérios Públicos Estaduais, órgão central do Ministério Público Brasileiro, extrapolando a hierarquia até então restrita ao Ministério Público da União – MPU (Ministério Público Federal – MPF, Ministério Público do Trabalho – MPT, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT e Ministério Público Militar – MPM).

Em verdade, o chefe do Ministério Público Estadual é o Procurador Geral de Justiça eleito pelos membros do referido *Parquet* estadual. Não há hierarquia do PGR sobre os membros do MPE, ou seja, um promotor do MPE/RJ não está submetido ao PGR. A unidade é horizontal, não tem hierarquia entre MP estadual e MPU, conforme ressalta Renato Brasileiro de Lima⁹⁹:

“Com a devida vênia ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, não nos parece acertada a conclusão no sentido de que eventual conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados deva ser dirimido pelo Procurador-Geral da República. Ora, como já se manifestou o próprio Plenário do STF,⁷¹ o Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet Estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. Logo, se o Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, como se pode admitir a sujeição de Promotores de Justiça dos Estados a uma decisão definitiva do PGR?”

2.4 Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1241.

Nesse cenário de críticas, o STF novamente mudou sua posição e decidiu que cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, órgão central do Ministério Público Brasileiro, tal mister, nos termos do art. 130-A, §2º, incisos I e II, da CRFB/88100.

“A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Assim, no âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente do Ministério Público tem aptidão para a condução de determinado inquérito civil, inclusive porque, nos termos do § 2º do art. 130-A, é sua competência o controle da atuação administrativa do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, bem como pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, entre eles, aqueles atos que deram ensejo ao conflito de atribuições.

100 Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.”

Por fim, vale ressaltar, que o Poder Judiciário não fica vinculado à decisão do CNMP, sob pena de se permitir que matéria referente à competência seja dirimida de maneira definitiva por órgão diverso que o Poder Judiciário, a quem compete dar a palavra final acerca do assunto¹⁰¹.

CONCLUSÃO

Portanto, a partir da pesquisa, pode-se concluir que, muito embora vacilante a respeito do tema, parece-nos que conferir ao CNMP a função de dirimir conflito de atribuições entre órgãos de diferentes Ministérios Públicos Estaduais, bem como entre MPF e MPE, foi a decisão mais acertada, haja vista sua imparcialidade para exercer o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelar pela autonomia funcional e independência da instituição, posição que deverá vigorar a partir de então, potencializando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 04/10/2023.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1241/1242.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 04/10/2023.

SOBRE PRISÕES E MASSACRES: UMA LITERATURA (RE)VISITADA

LAURIANE MATOS DA ROCHA:

Pós-Graduada em Acesso à Justiça e Defensoria Pública pela Faculdade CERS; graduada em Direito pela Universidade de Brasília; Analista Judiciária na Defensoria Pública do Distrito Federal.¹⁰²

RESUMO: A presente pesquisa possui como tema o desaparecimento forçado nas prisões em contexto de massacres, e possui como problema de pesquisa: como a academia (ator social), especificamente pesquisadores do direito, trata o desaparecimento forçado nas prisões? Para tanto, aplicou-se como método a revisão de literatura. O objetivo principal da pesquisa foi identificar se o desaparecimento forçado nas prisões se tornou um problema jurídico após a onda de massacres em 2017, em que ficou evidenciado a sua ocorrência. Conclui-se que até o presente momento a produção científica do direito não absorveu para o campo de estudo prisão a ocorrência do desaparecimento forçado.

Palavras-chave: prisão, massacre, desaparecimento forçado.

ABSTRACT: This research has as its theme the forced disappearance in prisons in the context of massacres, and has as a research problem: how does the academy (social actor), specifically legal researchers, treat forced disappearance in prisons? For that, the literature review was applied as a method, and then the most cited texts were submitted to a questionnaire. The main objective of the research was to identify whether the forced disappearance in prisons became a legal problem after the wave of massacres in 2017, in which its occurrence was evidenced. It is concluded that until now the scientific production of the law scientist has not absorbed the occurrence of enforced disappearance in the prison system for the prison system.

Keywords: prison, massacre, enforced disappearance.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil ultrapassou a Rússia no *ranking* de países que mais encarceram no mundo, ocupando a terceira posição e estando apenas atrás dos Estados Unidos e da China. De acordo com o levantamento de dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), disponibilizado após o primeiro semestre de 2016, a

¹⁰² E-mail: lauriane.matos@gmail.com

população carcerária era de 726.712 pessoas, sendo que 40% dos presos não tinham sequer uma condenação definitiva (presos provisórios). O levantamento aponta que, em relação aos presos provisórios, o pior cenário de superlotação se concentrava nos estados de Roraima, Mato Grosso do Sul e Acre¹⁰³; ao passo que, em relação aos presos em regime fechado, os maiores índices de superlotação se concentravam nos estados de Roraima, Amazônia, Pernambuco e Tocantins.

Nesse contexto, não foi por mera coincidência que eclodiu uma a onda de massacres no início do ano seguinte. Em um curto espaço de tempo, vários eventos de massacres nos estabelecimentos prisionais brasileiros ocorreram, sobretudo, nas regiões Norte e Nordeste. Nos Estados de Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima, foram contabilizados cento e vinte e seis mortes, sem contar o número de pessoas feridas e desaparecidas, conforme aponta o relatório anual do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT).

Observa-se que o contexto prisional que insere esses massacres é similar, marcado por um recrudescimento do sistema de controle punitivo normativo, o super encarceramento, as péssimas condições de infraestrutura, a superlotação das celas, o uso abusivo de meios coercitivos, as condições sub-humanas (como falta de água potável de comida), a forte presença das forças policiais, a ausência de assistência médica, jurídica e psicossocial.

Outro dado apontado pelo Relatório do MNPCT foi o indício de desaparecimento forçado de presos na época dos massacres. Somente no Rio Grande do Norte, na Penitenciária de Alcaçuz, mais de 60 presos não foram localizadas após o massacre, dos quais apenas dezesseis o Estado admitiu o desaparecimento. De igual modo, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo no Estado de Roraima, oito famílias reivindicam por entes desaparecidos.

Devido os relatos e os números de desaparecido, bem como de restos humanos encontrados, corpos incinerados e/ou enterrados em valas dentro da unidade prisional, o Mecanismo recomendou a necessidade de apuração e investigação dos casos de desaparecimentos forçados. Todavia, as recomendações não foram observadas pelos órgãos estatais, o que os levou a seguinte conclusão: "*indícios corroboram a possibilidade e existência de práticas de desaparecimento forçado, conforme definição legal da*

103 BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN – atualização Junho de 2016. 2017 (a). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-nobrasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (MNPCT, 2017).

Considerando que os limites do pensamento denotam a estrutura de possibilidades do que se pode pensar e dizer sobre determinado objeto (CAVASSANE, 2013), verificar-se-á se o desaparecimento forçado tornou-se uma realidade, e para isto utilizar-se-á de ferramenta muito eficaz: o discurso. Pois, onde há discurso, há realidade. E a academia, como ator social, é capaz de qualificar discurso, numa perspectiva foucaultina, o que é imprescindível para a formação de um problema político, social e jurídico. Sublinhe-se que a concepção de problema aplicada no presente trabalho não é associada ao negativo, mas sim, parafraseando a filósofa Judith Butler, o problema é o inevitável, sendo incumbência de a academia descobrir a melhor maneira de criá-los (BUTLER, 2003) 104.

Assim, diante da presença de desaparecimento forçado nos massacres ocorridos em 2017, o presente trabalho se propôs a analisar se os trabalhos produzidos pela academia, especificamente os pesquisadores do direito, sobre prisão, facções e massacres conseguiram absorver para o campo acadêmico esta realidade.

2.METODOLOGIA

O estudo utilizou como técnica a revisão de literatura para acessar o campo, analisar os achados e as lacunas do que já havia sido (ou não) produzido acerca do desaparecimento forçado nas prisões, que, como relatado pelo MNCPT, foi viabilizado pelo contexto de massacres. Registra-se que a colheita de artigos, que no presente trabalho constituem a fonte de dado, utilizou como marcador temporal o ano de 2017 em diante.

Sobre a revisão de literatura, afirmam Ramos, Faria e Faria, ao citar as lições de Contradriopoulos:

(...) A revisão de literatura propõe uma reconstrução do percurso conceptual metodológico na escolha das fontes bibliográficas baseado em procedimentos rigorosos e explícitos para que os resultados não sejam incompletos, ineficiente ou, em última análise, sem validade científica.

Diante disso, além de definir como marcador temporal os anos de 2017, foram escolhidas duas plataformas de periódicos disponíveis a fim de selecionar os artigos escritos por pesquisadores que possuem graduação no Direito e pesquisam sobre o sistema prisional. Saliente-se que a graduação em Direito foi o critério aplicado, tendo em vista que pode acontecer de o mestrado e/ou doutorado terem sido realizados em outros

104 BUTLER, Judith P. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

departamentos. Esta verificação ocorreu pelo currículo na plataforma Lattes quando não continha no próprio artigo a qualificação. A razão pelas plataformas escolhidas foi pela facilidade de acesso e por serem gratuitas. As palavras e as combinações de palavras utilizadas foram: (i) sistema prisional; (ii) facção; (ii) facção e desaparecimento; e (iv) facção e prisão.

A primeira plataforma foi a Scielo. Selecionaram-se os anos 2017, 2018, 2019 e 2020, e restringiu-se a pesquisa à área de Ciências Humanas e ao Brasil. Na busca pelo item I (sistema prisional), houve vinte e dois resultados. Todavia, nenhum artigo havia sido escrito por pessoa com graduação em direito. Na busca pelo item ii, houve três resultados, sendo que um foi objeto de análise, por ter preenchido todos os critérios acima mencionados. Nas combinações de palavras (facção e desaparecimento), nenhum escrito foi encontrado; de igual modo, ocorreu quando da busca pelo item iv.

Portanto, na plataforma Scielo, o único artigo selecionado foi o intitulado “Corro com o PCC”, “Corro com o CV”, “Sou do crime” Facções, sistema socioeducativo e os governos do ilícito em Alagoas, publicado pela Revista Brasileira de Ciências Sociais em 2020.

A segunda plataforma foi o portal de Periódicos do CAPES. Os mesmos termos foram utilizados, sendo refinada a pesquisa com filtro “law”, disponibilizado pela própria plataforma. No primeiro item de pesquisa, foram encontrados vinte e cinco artigos, sendo excluídos aqueles indexados por conter apenas uma das palavras e selecionados quatro por conter todos os critérios. No segundo item, foram encontrados quarenta e dois artigos, sendo três escritos por pessoas com graduação no direito. Na busca pela combinação “facção” “desaparecimento”, foram encontrados dez artigos, sendo que os dois escritos por pessoas que possuem graduação no direito já haviam sido selecionados no item ii. No item iv, houve nove resultados, sendo nenhum escrito por pesquisador com graduação em direito.

Desse modo, no portal de periódicos do CAPES, foram selecionados os artigos: (i) Contexto de Ressocialização do privado de Liberdade no Atual Sistema Prisional Brasileiro; (ii) O Sistema Penal Brasileiro; (iii) Violação da Dignidade Humana em face da precariedade do sistema Penitenciário Brasileiro; (iv) As máculas da prisão: estigma e discriminação das agentes penitenciárias.

Após a análise dos artigos, constatou-se que a ocorrência do desaparecimento forçado nos massacres ocorridos em 2017 não foi tangenciada pelos artigos científicos produzidos pelos acadêmicos do Direito. Logo, apesar de haver indícios contundentes do fatídico essa grave violação de direitos humanos ainda não foi absorvida para o debate da academia jurídica.

3.O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO DISCURSO

Da análise dos artigos, fica evidenciado que quando se analisa prisões as narrativas gerais que predominam o campo o superencarceramento, as condições degradantes, a estigmatização de grupos sociais vulneráveis, o recrudescimento prisional com a utilização, a ausência de acesso a assistência jurídica e psicológica e à falta de saneamento básico. Essas são as narrativas predominantes que compõem a realidade delineada pelos pesquisadores do Direito que se dispõe a pesquisar a respeito do sistema prisional.

De igual modo, essas narrativas não deixam de serem as lentes que capturam uma realidade objetiva, compondo a reforçando um discurso regular sobre a prisão. Nessa perspectiva, quando o campo já possui categorias muito bem estabelecidas, fica muito mais difícil a captura de outros fenômenos que estão ocorrendo dentro daquela mesma realidade e, acredita-se que seja esse motivo que justifica o fato de o desaparecimento forçado no contexto de massacres ainda não ter se tornado uma narrativa dentro do direito.

Porém, qualificar o desaparecimento forçado no contexto dos massacres, em que se têm notícias naqueles ocorridos em 2017, como um discurso legítimo é uma tarefa necessária para torná-lo uma realidade com relevância social, política e jurídica. Isso porque, o discurso é a ferramenta de mediação da realidade, e é através daquele que acessamos a esta. Entretanto, conforme Michel Foucault, em *A ordem do discurso* (2012), o discurso não quer dizer uma enunciação da realidade, mas está vinculado às teias relacionais de poder, na medida em que para ser "dito" é imprescindível que atenda às condições históricas e materiais capazes de garantir o seu aparecimento e sua replicação como uma verdade.

[...] a produção de discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. (FOUCAULT, 2012)

Foucault se insere no contexto pós-modernidade em que os fundamentos do pensamento moderno foram postos em xeque, uma vez que o próprio aprofundamento do conhecimento permitiu o reconhecimento de que o conhecimento é limitado, sendo impossível reduzir o fenômeno a uma realidade única e decifrável pela experimentação. Em verdade, a realidade é subjetiva, e o que se tem é narrativas em conflito, que nem sempre estão aptos a revelar o real, por estarem condicionadas. Assim, a contribuição de Foucault está em revelar que a realidade não pode ser percebida como algo natural, o que se tem é uma regularidade discursiva dentro de um processo ordenado de produção de discursos.

O desaparecimento forçado nas prisões, em que pese há fortes indícios da sua existência, porém, a narrativa que predomina acerca do sistema prisional e se repete ainda não conseguiu apreendê-lo. Logo, aqui é possível observar o que Foucault bem apontou: os discursos produzidos não possuem simetria com os objetos pesquisados, pois aquele precisa atender os requisitos condicionais e históricos do que é qualificado como verdade, isto é uma verdade que é aceita pelos outros que compõe o campo como verdadeira, bem como não estremeça as bases do *status quo* estabelecido como verdadeiro. Assim, em que pese a produção científica seja capaz de evidenciar realidades excluídas do conhecimento, a produção de discursos acadêmicos é condicionada aquilo que é qualificado como válido.

Fabio Araújo (2016), em artigo publicado na revista Horizontes Antropológicos, afirma que o desaparecimento forçado pós-ditadura está vinculado a inferioridade do sujeito, que normalmente incide os predicados traficante, criminalidade e favela, sendo que esses mesmos predicados são capazes de legitimar e justificar o desaparecimento.

Essa estigmatização fica evidente no relatório do CNMP, quando cita trecho ofício da Secretária de Estado e Segurança Pública e da Defesa Social (SESED) do Rio Grande do Norte, em que aplicam o termo fugitivo para classificar os desaparecidos: , “[...] segundo dados da Secretaria de Justiça e da Cidadania (SEJUC), importando num total de 57 (cinquenta e sete) fugitivos, dos quais 35 (trinta e cinco) foram recapturados, 3 (três) faleceram e atualmente ainda temos 19 (dezenove) a recapturar. Sendo estes últimos nominados por alguns como desaparecidos, mas em nossa investigação são considerados fugitivos da rebelião, conforme dados oficiais, pelo menos até que tenhamos outros elementos para caracterizá-los de forma diferente, o que não foi o caso até o presente momento” (MNCPT, 2018).

Não há dúvidas que a utilização do termo fugitivo se insere dentro das diversas técnicas utilizadas pelo Estado para afastar qualquer imputação a ele próprio por uma gestão de morte institucionalizada no aparato estatal de cidadãos custodiados. De igual modo, se insere dentro da ilegibilidade que constitui nas práticas realizadas pelo próprio Estado para camuflar violências institucionalizadas, juntamente com a ausência de disponibilização de informações pelo poder público. Assim, não há qualquer investigação, não há qualquer responsabilização, restando apenas vozes dos familiares que não são ouvidas (SPIVAK, 2010).

Nesse contexto, Fabio Araújo reforça que, a despeito de o desaparecimento forçado o Brasil sempre associado aos desaparecidos políticos, o desaparecimento forçado é umas das diversas formas de violência que as populações mais vulneráveis, em

que se inserem os custodiados, são submetidas diariamente quando se encara o Estado como produtor e gestor de fazer desaparecer corpos:

Embora não seja possível definir a abrangência do fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas, é possível sugerir que ele corresponde hoje a um dispositivo de governo-gestão, uma tecnologia de poder praticada por diferentes atores, incluindo o Estado, através principalmente da polícia/policiais, nos territórios. O desaparecimento forçado consiste atualmente, pelo menos na região metropolitana do Rio de Janeiro, em um dispositivo de forças situado entre a violência estatal e a violência criminal. (ARAÚJO, 2016):

Para além disso, não é mais novidade que a prisão no sistema neoliberal é o método de regulação dos corpos excedentes e, uma vez inserido lá, é legítimo qualquer ato para exterminá-lo (MBEMBE, 2017). Nesse contexto, insere o desaparecimento forçados dos presos. Isso fica evidenciado justamente pelo fato do desaparecimento forçado preencher o principal requisito da violência nas democracias: a ocultação. E a cortina de fumaça consiste no discurso no sentido que as democracias são pacificadas, sendo isto que a distingue e legítima qualquer ato violento contra os outros modelos de regime de governo.

Foucault mostrou que o Estado moderno, fundado na norma cria mecanismos contínuos e reguladores dos corpos, que se tornam submissos, corpos “dóceis” Assim, o corpo se encontra numa rede de poder, o biopoder. Este funcionaria segregando as pessoas que devem deixar morrer daquelas que devem viver (FOCAULT, 1999), a partir de uma distinção biológica. Por outro lado, Mbembe, dialogando com a noção de biopoder de Foucault, aponta que o estado não só deixa morrer, mas também gere mortes, por rituais plenamente aceitos, na democracia de escravos.

[...] a brutalidade das democracias nunca foi senão abafada. Desde as suas origens, as democracias modernas mostraram tolerância perante certa violência política, inclusivamente legal. Integraram na sua cultura formas de brutalidade levadas a cabo por uma série de instituições privadas agindo como mais-valia do Estado, sejam eles corpos francos, milícias ou outras formações paramilitares ou corporativistas (MBEMBE, 2017)..

Nesse contexto, Mbembe evidencia que a hoje vivenciamos a “necropolítica”, em que tem como motor o racismo, capaz de, a partir do controle dos corpos negros, reduzir o valor de suas vidas e normalizar o seu extermínio, por diversos modos de fazer matar: “o poder necropolítico opera por um gênero de reversão entre vida e morte. A morte dos que

estão ali para morrer não há qualquer relevância. Esse tipo de morte não gera comoção e por isso pode se multiplicando em doses” (MBEMBE, 2017).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo foi refletir sobre a lacuna que se tem no discurso produzido pela produção científica dos acadêmicos do direito a respeito do sistema prisional, porquanto, mesmo havendo indícios e relatos de familiares, o desaparecimento forçado nas prisões ainda não criou um corpo capaz de influir na produção de políticas públicas. Todavia, a academia como ator social precisa colocar em evidencia esta forma de produção e gestão de mortes.

A violência é intrínseca à democracia e a prisão se tornou o instrumento à disposição do aparato estatal para se livrar dos não humanos, sujeitos que ali estão destituídos de quaisquer direitos ou garantias capazes de garantir a sua integridade física. O desaparecimento forçado nas prisões é uma das formas utilizadas pela gestão de morte institucionalizada no projeto de redução dos indesejados. Assim, há um instrumento de produção de mortes que precisa se tornar um discurso causa social, política e jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio. Falta alguém na minha casa: desaparecimento, luto, maternidade e política. In: KANT DE LIMA, Roberto (Org.). Antropologia e direitos humanos 5. Brasília: Booklink/ABA/Fundação Ford, 2008.

ARAÚJO, Fábio. Não tem corpo, não tem crime: notas socioantropológicas sobre o ato de fazer desaparecer corpos », Horizontes Antropológicos, 46 | 2016, 37-64.

BRASILL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) Comitê Nacional de Prevenção e Combate á Tortura (CNPCT),2018. Relatório de Missão e Aperfeiçoamento ao Sistema Prisional dos Estados do Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate á Tortura (MNPCT:: Ana Claudia Comutei,, Fernanda Givisiez e Valdirene Dauffemback.. 173 p.

BUTLER, Judith P. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVASSANE, Ricardo Perança. A concepção de filosofia de Wittgenstein. Dissertação de Mestrado. Marília, 2013.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collége France; tradução Laura Fraga de Almeida. 22ª ed. São Paulo: Edição Loyola, 2012.

MBEMBE, Achile. Políticas da Inimizade; tradução Marta Lança, 2017: Editions de La Decouverte, Paris, p. 01-21-69

RAMOS, FARIA & FARIA; Altina, Paulo M., Ádila. Revisão sistemática de literatura: contributo para a inovação na investigação em Ciências da Educação. Rev. Diálogo Educ., Curitiba, v. 14, n. 41, p. 17-36, jan./abr. 2014. ,

SILVA, Isabella Miranda. Racismo institucional e colonialidade do poder punitivo nos discursos e nas práticas criminais: os casos dos mortos de pedrinhas (São Luís/Maranhão). Dissertação em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2018.

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA: NORMATIVA LEGAL, DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE CRÍTICA

DAVID FERREIRA SANTANA:

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense¹⁰⁵.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de realizar uma análise profunda dos diversos dispositivos legais que regem os crimes contra a fé pública, encontrados nos arts. 289 a 311-A do Código Penal e na legislação extravagante. Neste artigo serão analisadas não só as normas que disciplinam os crimes em tese, como também serão colacionados os principais julgados no assunto, sem prejuízo da citação dos comentários doutrinários que se coadunam na perspectiva constitucional em que caminha o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a fé pública. Falsidade documental. Falsidade ideológica. Falsidade material. Documento falso.

1. INTRODUÇÃO

Ao iniciar o tema dos crimes contra a fé pública, é necessária uma explanação sobre a) a definição de fé pública, b) o fundamento da existência de infrações destinadas à sua proteção, c) qual é o caráter da lesividade dos crimes e d) quais são as espécies de falsidade

Segundo Arturo Rocco (1932, pág. 595), a fé pública seria “a confiança que a sociedade deposita nos objetos, sinais e formas exteriores (moedas, emblemas, documentos), aos quais o Estado, mediante o direito, privado ou público, atribui um valor probatório qualquer”.

Cleber Masson (2018, pág. 491) define os crimes contra a fé pública como aqueles nos quais:

“Quem atenta contra a certeza das relações jurídicas, substituindo o não verdadeiro ao verdadeiro, ataca em seu escopo fundamental a fé inerente à sociedade humana. A violação da fé pública caracteriza o crime de falso (*delicta falsum*). É ele que ofende o bem jurídico protegido pela lei penal,

105 Email: dfsantana0812@hotmail.com

pois é o contrário da certeza ou verdade jurídica, exigida pela ordem social”.

O fundamento de sua proteção decorre da segurança, da necessidade de se acreditar na veracidade de atos, documentos, dados sobre pessoas, símbolos, imagens, etc, necessidade sem a qual inexistente o convívio social.

Neste sentido, os delitos contra a fé pública lesionam, segundo Masson (2018, pág. 420), os seguintes bens: os interesses patrimoniais dos indivíduos, o interesse público na segurança das relações jurídicas, o privilégio monetário do Estado e os meios de prova

Importante observar que apenas o dano potencial é suficiente para a configuração de crime contra a fé pública, ainda que eventualmente tentado. O ato criminoso deve ser potencialmente capaz de enganar a vítima em um aspecto objetivamente considerado. Desnecessário, todavia, que haja um dano econômico, pois não se tratam de crimes contra o patrimônio.

Aqui já é necessária uma análise crítica, pois só deve se pensar em crime contra a fé pública quanto houver mínima potencialidade de ilidir a própria fé pública que merece o documento ou dado, sob o aspecto objetivo; em suma, falsificações grosseiras, insignificantes, facilmente perceptíveis, devem ser excluídas do campo da tipicidade material do delito.

Quanto às espécies, a falsidade pode ser dar basicamente por três maneiras: a) a falsidade material, que incide sobre uma coisa corpórea (o agente fabrica um documento falso, altera um documento verdadeiro ou suprime um documento verdadeiro); b) a falsidade ideológica, em que não há a formação de um documento falso, mas sim a inserção de dados falsos em documento verdadeiro (a falsidade é interna, não externa); e c) a falsidade pessoal, que recai sobre uma pessoa ou um dado relacionado a ela.

Feita a introdução, necessária a análise pormenorizada dos tipos penais que compõem a categoria.

2. MOEDA FALSA

2.1 Introdução.

O texto constitucional em seu artigo 48 enumera as matérias que são de competência da União, sendo o seu décimo quarto inciso sobre a moeda, os seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal. Quando produzida por particular ou em não acordo com o limite da emissão, configura-se o delito de moeda falsa.

Tendo sua redação presente no 289º artigo do Código Penal, o delito de moeda falsa possui três elementos que o caracterizam, além de elencar uma modalidade privilegiada e duas qualificadas.

O *caput* do artigo é dividido em três características, sendo elas o núcleo do tipo que é falsificar, através da alteração ou da fabricação, a moeda metálica ou papel moeda e a estar em curso legal no país ou em país estrangeiro.

Destaca-se a fabricação por alteração, pois nela reside a possibilidade de não se configurar crime caso não se altere para de maior valor, como a apagar símbolos ou alterá-la para de menor valor.

2.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, objetividade jurídica do crime e elemento subjetivo.

Classifica-se como crime comum, doloso, já que não é prevista modalidade culposa para esse delito. É comissivo, podendo também ser realizado por omissão imprópria quando o agente gozar do status de agente garantidor, instantâneo, unissubjetivo e plurissubstistente, ou seja, admite a tentativa.

Tal delito pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa, sendo os sujeitos passivos o Estado e aquele que for prejudicado pela conduta. O delito possui como objeto juridicamente protegido a fé pública, sendo certo que o objeto material é a moeda falsa, em qualquer dos tipos que pode assumir. O elemento subjetivo é o dolo.

2.3 Tipo penal, modalidade privilegiada e modalidade qualificada

O primeiro parágrafo do título legal analisado trata sobre a circulação de moeda falsa, sendo considerado um tipo misto alternativo, não passível o concurso de crimes quando o agente falsificar a moeda ou papel moeda e introduzi-lo a circulação. Quando o agente de boa-fé, que acredita na autenticidade da nota, colocá-la em circulação, configura-se erro de tipo.

O tipo penal de moeda falsa possui uma modalidade privilegiada elencada em seu segundo parágrafo. É a hipótese de o agente ter recebido a moeda ou papel moeda de boa-fé e, após conhecer sua falsidade, a restitui a circulação, sendo então punível a conduta com detenção de seis meses até dois anos além da aplicação de multa.

Nesse caso, o juízo de reprovabilidade é menor, tendo em vista que o agente não realizou a alteração e a colocou de volta à circulação apenas para evitar o prejuízo pecuniário, não tendo a intenção de lesar a fé pública. A pena para esta modalidade é de detenção, de seis meses a dois anos além da aplicação de multa. Nesta modalidade, é

possível a realização de uma suspensão condicional do processo, e compete o seu julgamento ao Juizado Especial Criminal.

A primeira modalidade qualificada é considerada um crime próprio, já que o texto legal lista o rol de agentes que podem cometer a referida modalidade, sendo estes “o funcionário público ou diretor, gerente ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão” podendo esse agente realizar as condutas previstas no tipo.

O quarto parágrafo trata de circulação antecipada de moeda, fazendo com que o agente incorra nas mesmas penas da primeira modalidade qualificada, quais sejam: reclusão de três até quinze anos e multa.

2.4 A problemática da falsificação grosseira

A falsificação grosseira, ou seja, aquela perceptível facilmente por qualquer pessoa, não configura crime de moeda falsa, afastando a tipificação de um crime contra a fé pública. Isso porque, como lembrado, uma análise crítica dos crimes contra a fé pública permite concluir que a falsificação grosseira não resulta em dano potencial.

Entretanto, dependendo da hipótese, é possível configurar-se em delito de estelionato, caso a moeda seja utilizada para a prática de um delito patrimonial mediante fraude contra terceiros, conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça em sua 73ª Súmula.

Importante observar que o crime de estelionato não será necessariamente de competência da Justiça Federal, neste último caso.

Por fim, insta salientar que também pode se enquadrar apenas em estelionato caso se cumpram os requisitos exigidos pelo tipo penal a falsificação de moeda de curso convencional ou comercial, já que não se enquadram no delito de moeda falsa por não serem de curso legal.

2.6 Crimes assimilados a moeda falsa

2.6.1 Introdução

O legislador penal preocupou-se em inserir no texto os crimes assimilados ao de moeda falsa, no artigo 290, sendo estas condutas que possuem menor juízo de reprovabilidade do que as hipóteses contidas no artigo anterior.

2.6.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica do crime

Através do caput do artigo é possível perceber que existem três núcleos do tipo possibilitando condutas reprováveis. Sendo o primeiro dos núcleos o “formar” a moeda, nota ou bilhete representativo através de fragmentos de papel moeda verdadeiro. O segundo dos núcleos de tipo é o de “suprimir” sinal que indique a inutilização da cédula. E o último núcleo presente é o de “restituir” a circulação, cédula, nota ou bilhete já recolhidos para fim de inutilização ou aquelas que são objetos formados pelas hipóteses anteriores previstas no artigo.

A classificação doutrinária é de crime comum, doloso e comissivo podendo também ser realizado por omissão imprópria quando agente gozar do status de agente garantidor, instantâneo, vinculado, monossujeivo, não transeunte e plurissubsistente, ou seja, admite a tentativa, que pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa e sendo o sujeito passivo o Estado bem como pessoa prejudicada pela conduta.

O objeto material do crime presente no artigo 290 é a cédula e o bem juridicamente protegido a fé pública. A pena dos crimes assimilados ao de moeda falsa é de reclusão de dois a oito anos além da aplicação de multa.

2.6.3 Tipo penal, modalidade privilegiada e modalidade qualificada

Os crimes assimilados ao de moeda falsa possuem uma modalidade qualificada, prevista no parágrafo único do artigo 290, sobre a hipótese do crime ser cometido por funcionário público que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela possui fácil acesso. Neste caso a pena máxima do delito poderia ser aumentada para de até doze anos, além da aplicação de multa.

Para Cleber Masson (2018, pág. 507) a modalidade qualificada trata de um tipo penal próprio, conforme explica:

“Cuida-se de crime próprio ou especial, pois somente pode ser praticado pelo funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se acha recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo. Aliás, o fundamento da majoração da pena reside justamente na violação dos deveres inerentes ao cargo do sujeito ativo, que dele se aproveita para a execução do delito.”

2.7 PETRECHOS PARA A FALSIFICAÇÃO DE MOEDA

2.7.1 Introdução

O 291º artigo do Código Penal prevê reclusão de dois a seis anos e a aplicação de multa para quem “fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou

guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à fabricação de moeda falsa.”

O delito de petrechos de falsificação apresenta divergências doutrinárias, tendo em vista que para Rogério Greco (2019, pág. 587), embora pareça a punição de um ato meramente preparatório, não se configura desta maneira, já que o legislador considerou uma conduta grave e possível de ser tratada como tipo penal autônomo. Entretanto, Cezar Roberto Bittencourt (2017, pág. 299) discorda do mesmo pensamento ao dizer: “Trata-se, na verdade, da fase preparatória do crime de moeda falsa tipificado no dispositivo anterior”.

2.7.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica do crime

O crime de petrechos para falsificação não admite concurso de crimes, por ser um tipo misto alternativo, e a doutrina o classifica como crime comum, doloso, comissivo podendo ser via omissão imprópria quando o agente possuir o status de garantidor, livre, instantâneo podendo ser permanente em relação as condutas de possuir e guardar, monossujeito, plurissubsistente e não transeunte. São sujeitos do delito: qualquer indivíduo pode ser sujeito ativo e passivo deve ser sempre o Estado. O bem juridicamente protegido neste crime é a fé pública e o objeto material seria o maquinário destinado a fabricação da falsa moeda. Sendo a ação penal de iniciativa pública incondicionada.

2.7.2 Modalidades comissiva e omissiva, tentada e concurso de crimes

Os núcleos do tipo compreendem uma conduta positiva por parte do agente, caracterizando-se como comissivo. Pode ocorrer, entretanto, a hipótese de omissão imprópria, no caso de agente garantidor que nada faz para impedir o cometimento do ilícito previsto no art. 308 do CP.

A plurissubsistência do tipo penal também possui opiniões divergentes na doutrina, pois para Greco ela faz com que seja possível a tentativa nesse tipo penal. Guilherme de Souza Nucci (2017, pág. 930) e Cleber Masson (2018, pág. 501), entretanto, não admitem a possibilidade de tentativa do delito, sendo que, para este último: “[...] não é cabível, pois a lei incriminou de forma autônoma atos representativos da preparação do delito tipificado no art. 289 do Código Penal (moeda falsa). E, como se sabe, os crimes de obstáculo são incompatíveis com o conatus.” Para Nucci (2017, pág. 931), neste mesmo viés:

“Não se admite tentativa, pois se trata da tipificação da preparação do crime previsto no artigo 289. Ora, a fase de preparação normalmente é penalmente irrelevante, pois o direito brasileiro adotou a teoria objetiva

no campo da tentativa [...] assim, quando, por exceção, resolve criar o tipo penal especialmente para puni-la, é natural que não admita tentativa.”

Por fim, cabe destacar o concurso entre os crimes de moeda falsa e de petrechos para a falsificação. Para Rogério Greco não é cabível o concurso entre os crimes por se tratar, nesse caso, de antefato impunível. Entretanto para Cleber Masson (2018, pág. 511), a consumação dos delitos se dá em momentos diferentes, não admitindo assim o raciocínio de antefato impunível, sendo cabível o concurso de crimes.

De certo, a primeira posição parece ser a mais acertada, pois existe na lei uma correlação lógica de gravidade e de trânsito de execução no tocante aos petrechos para a falsificação de moeda e a fabricação de moeda falsa, de forma que a punição cumulativa configuraria dupla incriminação por um mesmo conjunto de atos e pelo mesmo fundamento.

3. EMISSÃO DE TÍTULO AO PORTADOR SEM PERMISSÃO LEGAL

3.1 Introdução.

O artigo 230 do Código Penal versa sobre a emissão de nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou que falta a indicação do nome a quem deve ser pago. O delito possui uma modalidade privilegiada indicada em seu parágrafo único.

Trata-se de uma norma penal em branco, já que a permissão legal de que trata o artigo necessita de legislação específica para defini-la. A modalidade privilegiada do artigo leva em consideração o tomador do título, punindo-o com pena de detenção de quinze dias a três meses ou a aplicação de multa.

3.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica do crime.

A emissão de título ao portador sem permissão legal é um crime comum, doloso, comissivo também passível de ser via omissão imprópria, livre, monossujeivo, plurissubsistente e não transeunte. O sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo, enquanto o sujeito passivo deve ser sempre o Estado. A fé pública é o bem juridicamente tutelado e o objeto material é o título que contenha promessa de pagamento em dinheiro.

3.3 Possibilidade da tentativa no delito de emissão de título ao portador sem permissão legal: divergência.

Faz-se necessário apontar ainda a divergência doutrinária a respeito da possibilidade de existir tentativa no delito. Para Cleber Masson (2018, pág. 512) e Rogério Greco (2018, pág. 593) é cabível a tentativa por possibilitar o fracionamento do delito. Entretanto, Guilherme de Souza Nucci (2017, pág. 230) considera impossível a tentativa, pois o núcleo do tipo penal é emitir, então se não for emitido trata-se de um irrelevante penal.

4. DA FALSIDADE DE TÍTULOS E OUTROS PAPÉIS PÚBLICOS

4.1 Introdução

Para a análise do tipo penal previsto no artigo 293 do CP, que tem como núcleo do tipo “falsificar”, é necessário que seja realizada uma breve explicação dos referidos incisos, que tipificam os documentos em questão. Importante ressaltar que o artigo passou por alterações, pela Lei nº 11.035 de 2004.

O primeiro inciso trata sobre “selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado a arrecadação de tributos”, dizendo a respeito dos documentos destinados a arrecadação de tributos.

O segundo inciso versa sobre papel de crédito público que não seja moeda de curso legal, ou seja, títulos de dívida pública, seja federal, estadual ou municipal que servem como meio de pagamento.

O terceiro inciso foi revogado e o quarto inciso discorre sobre cautela de penhor, sendo este o título de crédito representativo do direito real de garantia registrado no Cartório de Títulos e Documentos, caderneta de caixa econômica ou de outro estabelecimento que é mantido por entidade de direito público, que é aonde se anota as movimentações bancárias da conta. Este inciso não se aplica a instituições privadas, sendo esta regulada por diploma legal diferente.

O quinto inciso, por sua vez, alude sobre talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.

E, por último, o sexto e último inciso refere-se a bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, Estado ou Município. Sendo estes respectivamente papel impresso que permite o percurso em um veículo, passe é o bilhete de trânsito gratuito ou não concedido pela empresa de transporte público.

4.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e bem juridicamente tutelado

A classificação doutrinária do delito é de crime comum, sendo qualquer pessoa o sujeito ativo, enquanto o passivo é o Estado, doloso, comissivo, por representar os núcleos condutas positiva, podendo ser cometido via omissão imprópria, livre, instantâneo, monossujeito, sendo na maioria de suas hipóteses plurissubsistente, podendo ser sujeito ativo qualquer indivíduo e o sujeito passivo o Estado e pessoas prejudicadas pelo delito. O objeto material é qualquer um dos documentos apontados pelo artigo e o bem juridicamente protegido é a fé pública.

4.3 Modalidade equiparada e qualificada

No primeiro parágrafo do mesmo dispositivo legal foi acrescentado através da Lei nº 11.035/04, três modalidades equiparadas.

São apresentadas também duas modalidades privilegiadas em seus segundo e terceiro parágrafos de quem suprime as marcas de inutilização dos papéis públicos e quem os utiliza, respectivamente, tendo pena de reclusão de um a quatro anos, não havendo a possibilidade de concurso de crime entre eles.

O artigo apresenta mais uma modalidade privilegiada, com pena de detenção de seis meses até um ano para quem recebe o título de boa fé e repassa após saber de sua falsificação, se tratando de uma figura de menor potencial ofensivo, que compete ao Juizado Especial Criminal julgar, também cabendo requisição de suspensão condicional do processo. Por fim, o quinto parágrafo insere a figura de equiparação entre atividade comercial e comércio clandestino ou irregular.

5. PETRECHOS PARA A FALSIFICAÇÃO

5.1 Introdução

Constitui o delito de petrechos para a falsificação fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis presentes no artigo 293 do Código Penal.

O referido crime presente no artigo 294 é semelhante ao que está presente no artigo 291 sobre petrechos para fabricação de moedas falsas. O que os difere é o artigo analisado não apresentar a possibilidade de ser gratuita ou onerosamente e as hipóteses de possuir ou mesmo guardar.

Seria então, bem como o delito presente no artigo 291, passível de diversas divergências doutrinárias sobre o delito ser autônomo ou conduta preparatória ao cometimento do delito de falsificação de títulos ou papéis públicos.

5.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente tutelado e divergência doutrinária acerca da possibilidade de concurso de crimes

É classificado como crime comum, doloso, comissivo, sempre possível a possibilidade de ser cometido via omissão imprópria, livre, instantâneo ou permanente a depender do núcleo do tipo penal presente na hipótese, monossubjetivo, plurissubsistente e não transeunte. O objeto material é aquele que se destina a falsificar o título e o bem juridicamente protegido a fé pública. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo sempre o Estado.

Vale ressaltar que se o petrecho para falsificação for para selo, formula de franqueamento ou vale-postal é regulado por lei específica, sendo esta a Lei nº 6.538 de 1978, tendo a pena presente em seu 38º artigo, de reclusão por até três anos e pagamento de cinco a quinze dias multa

Registre-se importante entendimento do STJ, segundo o qual “para tipificar o crime do art. 291 do CP, basta que o agente detenha a posse de petrechos destinados à falsificação de moeda, sendo prescindível que o maquinário seja de uso exclusivo para esse fim”. (REsp 1758958/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018).

Essa posição é a mais acertada, pois os instrumentos normalmente utilizados para falsificar moedas são instrumentos também usualmente utilizados para outros fins (papéis, impressoras, tintas, etc); além disso a lei não exige que os instrumentos sejam especificamente destinados à falsificação.

6. FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO

6.1 Introdução

O delito de Falsificação de Selo ou Sinal Público encontra-se previsto no art. 296 do Código Penal. Ressalta Rogério Greco (2019. Pág. 607), contudo, que, apesar do presente crime figurar no capítulo correspondente à falsidade documental, o selo ou sinal público não devem ser considerados documentos, já que são, na verdade, apenas objetos que, se utilizados, conferem autenticidade aos documentos.

Greco e Masson lecionam que a falsificação a que se refere o artigo pode ocorrer tanto por meio da contrafação, quando o agente fabrica selo ou sinal público, quanto por meio da alteração, que ocorre quando o agente realiza a modificação de selo ou sinal público já existente, para que esse passe a ostentar, seja com acréscimo ou supressão, informação diversa da original.

Ambos doutrinadores também ressaltam que a redação legal do inciso I do art. 296 fala apenas em “da União, de Estado ou de Município”. Sendo assim, a falsificação de selo ou sinal público destinado a autenticar atos oficiais do Distrito Federal não pode ser considerada crime, uma vez que o mesmo não foi incluído no rol citado acima.

O inciso II do artigo versa sobre selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião. Nesse caso, entidades de direito público seriam as autarquias e “autoridade”, segundo Mirabete (2018. Pág. 232), “é a que autentica seus documentos por meio de selo ou sinal”.

6.2 Classificação doutrinária, sujeitos passivo e ativo, objeto material, bem juridicamente protegido

Cumpra ressaltar que tratar-se de crime comum e doloso; em regra, comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, caso o agente goze do status de garantidor), de forma livre, instantâneo, monossujeivo, normalmente plurissubsistente e não transeunte.

Qualquer pessoa pode ser sujeita ativa do presente delito, uma vez que os tipos constantes do art. 296 não fazem nenhuma exigência de qualidade ou condição especial.

Isso não impediu, contudo, que o legislador inserisse a previsão de que caso o sujeito ativo deste crime seja funcionário público e tenha praticado a infração penal prevalecendo-se do seu cargo, a pena será aumentada em um sexto no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal.

Assim, caso o sujeito ativo seja funcionário público, mas não tenha se aproveitado do seu cargo para cometer o crime, a supracitada majorante não poderá ser aplicada. Já o sujeito passivo da referida infração é o Estado, bem como as pessoas que forem diretamente prejudicadas com a utilização do selo ou sinal público falsificado.

Outro ponto relevante a ser apontado é que o elemento subjetivo desta figura típica é o dolo, o bem juridicamente protegido é a fé pública e o objeto material os selos e sinais públicos.

7. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

7.1 Introdução

Para os efeitos desse crime, primeiramente, é necessário que se busque uma conceituação de “documento”. Há duas teorias que buscam esclarecer o significado de “documento”: A teoria estrita, que consubstancia-se, geralmente, em um escrito; e a teoria

ampla, que adota um conceito mais elástico de documento, considerando não apenas o escrito.

Cléber Masson (2018, pág. 529) entende que o documento tem como seguintes características: a) forma escrita, b) elaboração por pessoa identificada e c) conteúdo revestido de relevância jurídica e eficácia probatória.

Esse conceito mais restritivo é o mais correto; primeiro, com fundamento na intervenção mínima, de modo que não é “qualquer papel” que merecerá a tutela do Direito Penal, mas sim apenas aquele sobre o qual recai alguma fé, de destaque em relação aos demais papéis; documento é aquele em que se deposita uma certa confiança, aquele cuja quebra de confiança abala a segurança na relação entre os indivíduos.

Ademais do conceito de documento, existe a diferenciação entre documento público e documento particular, sendo documento público aquele confeccionado por servidor público no exercício de sua função e de acordo com a legislação que lhe é pertinente, e documento particular aquele que simplesmente não gozar da qualidade de público, segundo Greco(2018, pág. 606).

Assim sendo, o núcleo do tipo penal previsto no art. 297 tem como elementos: a) a conduta de falsificar, no todo ou em parte, documento público; e b) ou alterar documento público verdadeiro, sendo o núcleo “falsificar” utilizado representa a contrafação, explicada anteriormente, uma vez que a alteração, uma das modalidades da falsificação, vem prevista na parte final do caput.

O parágrafo segundo do art. 297 também prevê o documento público por equiparação, enquadrando nessa categoria: documento emanado de entidade paraestatal, título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

Cumprido ressaltar que a expressão “entidade paraestatal” inclui a administração pública indireta. Os demais documentos listados acima foram equiparados a documentos públicos em razão da sua relevância e necessidade de confiabilidade.

É importante ressaltar mais uma vez a posição é de que a falsificação grosseira não se configura delito de falsificação de documento público, uma vez que é incapaz de afetar a credibilidade pública objetiva do documento. Ainda assim, isso não afasta a possibilidade que o agente que pratique este ato responda por estelionato, por exemplo, caso se utilize desse documento grosseiramente falsificado para manter alguém em erro e obter vantagem patrimonial.

7.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente protegido e elemento subjetivo.

Quanto a classificação doutrinária, trata-se de crime comum, doloso, comissivo (havendo a possibilidade de ser praticado em omissão imprópria, nos termos do art. 13, parágrafo 20 do Código Penal, e omissivo próprio, de acordo com o parágrafo 40 do próprio art. 297); de forma livre, conforme o caput, ou vinculada, conforme os parágrafos 30 e 40; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; e não transeunte.

Qualquer pessoa pode ser sujeita ativa deste crime, porém caso o praticante seja funcionário público e o tenha cometido prevalecendo-se de sua função, a pena deve ser aumentada em um sexto. O sujeito passivo é o Estado e aqueles prejudicados pela falsificação. O dolo é o elemento subjetivo deste delito.

7.3 Possibilidade de concurso de crimes: falsificação de documento público vs uso de documento falso

Nos casos em que o agente que falsificou o documento venha fazer uso dele, segundo posicionamento de Rogério Greco (2018, pág. 621), não se deve cogitar o concurso entre os crimes de falsificação de documento público e uso de documento falso. Assim, deve-se aplicar a regra relativa ao antefato impunível, isto é, o crime meio (falsificação de documento público) deverá ser absorvido pelo crime fim (uso de documento público falso).

No que concerne à falsificação de documento público utilizada na prática de estelionato, diversas correntes dividem opiniões. A primeira delas entende que há concurso material de crimes, devendo o agente responder por ambas infrações penais. Uma segunda corrente entende que a falsificação é apenas o meio para a prática do estelionato, devendo o autor do crime responder em concurso formal. A terceira corrente defende que, pelo fato do crime em tese possuir pena cominada superior a do crime de estelionato, este segundo deve ser absorvido pelo primeiro. Há ainda uma quarta corrente que entende justamente o contrário, que o estelionato deve absorver a falsificação de documento público, sendo esta ante factum impunível. Por fim, a quinta corrente, à qual Rogério Greco alinha-se, trata-se do entendimento dominante, adotado pelo STJ através da Súmula 17, que diz: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

Esta última atende à perspectiva crítica, porque vislumbra a tipificação penal sob o aspecto do dolo do agente, que nos casos abarcados pela Súmula 17, é o dolo de obter vantagem patrimonial.

7.3 Modalidade especial do crime no Código Eleitoral

É relevante ressaltar que o Código Eleitoral prevê uma modalidade especial deste crime, em seu art. 348, que traz a seguinte previsão legal: 'Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro, para fins eleitorais', tendo como pena reclusão de 2 a 6 anos e pagamento de 15 a 30 dias-multa. Caso o agente seja funcionário público e tenha cometido o crime prevalecendo-se de seu cargo, a pena deverá ser agravada.

8. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR

8.1 Introdução

O delito de falsificação de documento particular é disciplinado pelo art. 298 do Código Penal e prevê como crime "falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro", incluindo, através de seu parágrafo único, cartões de crédito e débito na categoria de "documento particular". Por sua natureza, o crime de falsificação de documento particular em muito se assemelha ao crime de falsificação de documento público, especialmente no núcleo do tipo penal.

O advento da Lei 12.737/2012, incluiu o parágrafo único ao art. 298, equiparando os cartões de crédito e débito a documento particular. Isso ocorreu devido ao aumento do número de crimes realizados através de falsificações de cartões de crédito e débito, fazendo com que o legislador tivesse que dar uma resposta.

8.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, elemento subjetivo, objeto material e bem juridicamente protegido

Quanto à classificação doutrinária, trata-se de crime comum, doloso, comissivo (ressalvada a possibilidade de omissão imprópria, nos termos do art. 13, parágrafo 20), de forma livre, instantâneo, monossujeetivo, plurissubsistente e não transeunte.

Greco (2019, pág. 626) leciona que a diferença entre os delitos tipificados nos artigos 297 e 298 do Código Penal diz respeito apenas ao objeto material dos crimes, pois no caso do art. 297 é documento público e no do art. 298 é particular.

O sujeito ativo desse crime pode ser qualquer pessoa, ao passo que o sujeito passivo é o Estado e os particulares prejudicados pela falsificação. Assim como nos tipos penais anteriores, o elemento subjetivo é o dolo.

9. FALSIDADE IDEOLÓGICA

9.1 Introdução

O crime de falsidade ideológica, previsto pelo art. 299 do Código Penal, possui uma diferença essencial em relação aos delitos de falsificação de documento público e particular, previstos pelos artigos 297 e 298, segundo Greco (2019, pág. 631), que aduz que as infrações penais explicadas anteriormente preveem uma falsidade de natureza material, ao passo que o crime previsto no art. 299, tem falsidade de cunho ideológico. Isso nos permite dizer que, nos casos previstos pelo art. 299, o documento, em si, é perfeito, ao passo que a ideia que é nele lançada é que é falsa.

Conforme explica Cleber Masson (2018, pág. 554), na falsidade ideológica o documento é formalmente verdadeiro, não havendo o que se falar em contrafação ou alteração de qualquer espécie, já que, neste delito, o que é falso é o conteúdo presente no documento.

9.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, elemento subjetivo, objeto material e bem juridicamente protegido

Quanto à classificação doutrinária, a falsidade ideológica trata-se de crime comum, doloso, comissivo e omissivo próprio (ressalvada a possibilidade de omissão imprópria), de forma livre, instantâneo, monossubjetivo, plurissubsistente e não transeunte.

O sujeito ativo deste delito pode ser qualquer um, em razão do art. 299 não exigir nenhuma qualidade ou condição especial. O sujeito passivo destes crimes, por sua vez, é o Estado, bem como aquelas pessoas diretamente prejudicadas pelo delito. Este crime, assim como os demais anteriormente explicados, possui o dolo como elemento subjetivo, não admitindo a modalidade culposa.

9.3 Modalidade comissiva e omissiva

Na primeira parte do tipo penal, quando se fala em “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar”, podemos observar um delito omissivo próprio, já que a lei descreve uma conduta negativa. Já no que concerne à segunda conduta, “nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, temos a previsão de um crime comissivo, podendo ele ser ou indireto conforme ensina Cleber Masson (2018, Pag. 557). Obviamente, ambas condutas só configurarão crime quando representarem fato juridicamente relevante.

9.5 Falsidade ideológica na Lei de Execução Penal, no Código Eleitoral e no Código Penal Militar

Ponto interessante no que concerne a este delito é que o art. 130 da Lei de Execuções Penais prevê como crime de falsidade ideológica, devendo se enquadrar no art. 299 do Código Penal, a conduta de declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição. Isso diz respeito ao tempo de trabalho e estudo que os condenados têm direito de remir de sua pena, havendo, contudo, a possibilidade de fraude, a ser punida nos termos do art. 299 do Código Penal.

A falsidade ideológica para fins eleitorais é prevista pelo art. 350 do Código Eleitoral, dizendo: "Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais.". O parágrafo único do art. 299 do Código Penal se repete no art. 350 do Código Eleitoral, que possui pena cominada de reclusão de até 5 anos e pagamento de 5 a 15 dias de multa, se o documento é público, e reclusão de 3 anos e pagamento de 3 a 10 dias de multa, no caso de documento particular.

Por fim, este delito também está previsto pelo Código Penal Militar, em seu art. 312, que traz pena cominada de até 5 anos de reclusão se o documento é público e até 3 anos de reclusão se particular. Vale ressaltar que a hipótese prevista no art. 312 do Código Penal Militar serve apenas para fato que atente contra a administração ou o serviço militar.

10. FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO

10.1 Introdução

O legislador penal previu no 301º artigo do Código o delito de Falsidade de atestado médico. Sendo este o delito de dar o médico no exercício de sua profissão atestado falso, punível com detenção de um mês até um ano, e possível a aplicação de multa se a conduta visar a obtenção de lucro.

O tipo penal acima descrito não prevê que para a configuração do delito é necessária a especialização do ramo da medicina em que é tratada a doença descrita. Ademais, é importante ressaltar que o delito é de menor potencial lesivo do que o previsto no artigo 299 de acordo com o legislador, pois prevê menor pena, recebendo críticas a respeito pela doutrina de Rogério Greco (2019, pág. 251), já que assume a posição de que é o comportamento é " tão ou mais mensurável do que o presente no artigo 299".

10.2 Classificação doutrinária, sujeitos passivo e ativo, objeto material, bem juridicamente protegido.

O delito classifica-se como próprio em relação ao sujeito ativo e comum ao sujeito passivo, doloso, comissivo, podendo ser realizado por omissão imprópria quando o agente gozar do status de garantidor, vinculado, instantâneo, monossujeito, plurissubsistente, já que admite a tentativa através da possibilidade de fracionamento do

delito e não transeunte. Para Cleber Masson (2018, pág. 581), entretanto, o crime se classifica como de forma livre.

Insta salientar que se o atestado médico falso for utilizado na execução de crime de diverso responderá o médico como partícipe do crime mais gravoso. O delito possui como sujeito ativo o médico que produz a conduta e como sujeito passivo o Estado e aquele que for lesado pelo delito acima descrito.

O objeto material do delito é o próprio atestado médico e o bem juridicamente protegido a fé pública.

10.4 Falsidade de atestado médico e corrupção passiva

Por fim, foi trazida por Cleber Masson (2018. Pág. 582) em sua doutrina a possibilidade de crime de corrupção passiva através do delito de falsidade de atestado médico, caso o sujeito ativo seja funcionário público que aceite para si ou outrem vantagem indevida para fornecer falso atestado.

11. CERTIDÃO OU ATESTADO IDEOLOGICAMENTE FALSO: FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO

11.1 Introdução

O artigo 301 tem como texto legal “Atestar ou certificar, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem” tendo como pena a detenção de dois meses até um ano. O artigo possui dois núcleos do tipo penal, sendo estes o de “atestar” e “certificar”. Masson (2018, pág. 573) disserta sobre a diferença dos dois:

“A diferença entre ambos reside em que a certidão tem por fundamento um documento guardado em repartição pública (ou nela em tramitação), enquanto o atestado constitui um testemunho ou depoimento por escrito do funcionário público (na hipótese do tipo) sobre um fato ou circunstância.”

11.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente protegido e elemento subjetivo

A classificação do delito em questão é de próprio, doloso, comissivo sendo possível o raciocínio de omissão imprópria, livre, instantâneo, monossujeito, plurissubsistente, admitindo assim o fracionamento do iter criminis e sendo passível de tentativa, e não transeunte. O sujeito ativo do delito é o funcionário público e o passivo o

Estado e as pessoas lesadas pela conduta. Tem como bem juridicamente protegido a fé pública e objeto material o certificado ou atestado falso.

11.4 Possibilidade de falsidade material de atestado ou certidão

O dispositivo legal também traz em seus dois parágrafos a possibilidade de falsidade material de atestado ou certidão, sendo respectivamente “Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem” e “se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.” Nessas hipóteses, o crime deixa de ser próprio e passa a ser comum, já que pode ser cometido por qualquer indivíduo. A pena prevista para o primeiro parágrafo é de detenção de três meses a dois anos e para o segundo parágrafo a mesma acrescida de multa.

12. FALSO RECONHECIMENTO DE FIRMA OU LETRA

12.1 Introdução

O dispositivo legal de número 300 versa sobre “reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja”. Neste delito comina penas diferentes para documentos públicos ou particulares, sendo para o primeiro a reclusão de um a cinco anos e multa e para o particular de um a três anos e a aplicação de multa.

É importante analisar a diferenciação entre firma e letra, pois a primeira seria considerada a assinatura de um indivíduo, sendo por extenso ou abreviada e a letra é o sinal gráfico representativo de vocábulos na linguagem, devendo essas serem objeto de falsificação.

12.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente protegido e elemento subjetivo.

A classificação do tipo penal é de crime próprio, doloso, comissivo, podendo ser realizado por omissão imprópria quando o agente gozar de status de garantidor, vinculado, instantâneo, mossubjetivo, plurissubsistente. O sujeito ativo é o funcionário público e o passivo o Estado, bem como qualquer pessoa lesada pelo delito. O objeto material é a firma ou letra, sendo o bem juridicamente protegido a fé pública.

12.3 Concurso de pessoas no crime de falso reconhecimento de firma ou letra

Cleber Masson (2018, pág. 575) destaca a possibilidade de concurso de pessoas, tanto como coautoria como em participação através de duas hipóteses: se o próprio falsário apresentar o documento para autenticação e o funcionário sabendo se sua

falsidade reconhece-lo cada um incorrerá em um tipo de crime, o falsário em falsificação de documento público ou particular e o funcionário no delito que está sendo analisado. Já se uma terceira pessoa submeter o documento a autenticação e o funcionário sabendo da ilicitude do documento realizar o reconhecimento, incorrerão os dois agentes em concurso sob o crime analisado e presente no artigo 300.

13. REPRODUÇÃO E ADULTERAÇÃO DE PEÇA FILATÉLICA

13.1 Introdução

Apesar da previsão legal contida no art. 303 do CP, Cleber Masson (2018, p. 581) alerta que o art. 303 do Código Penal foi revogado pelo art. 39 da Lei nº 6.538/1978, na forma do art. 2º, §1º, in fine da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, posto que a lei especial supramencionada tratou inteiramente da matéria do art. 303.

Rogério Greco (2019, p. 655) observa que houve a supressão da expressão “selo” no nomen juris do tipo legal, não se alterando, todavia, a descrição da conduta típica reprovável. Reproduzir traduz-se em uma imitação fiel, porém fraudulenta. Alterar é modificar, mudar, ou ainda falsificar.

13.2 Classificação doutrinária, Sujeito ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica do crime

Crime comum quanto ao sujeito passivo e ativo, doloso, comissivo ou omissivo impróprio, de forma livre, instantâneo, monosubjetivo, não transeunte, plurissubsistente. O objeto material do delito é o selo ou peça filatética. Selo, conforme interpretação autêntica dada pelo art. 37 da Lei nº 6.538/1978, é a “estampilha postal, adesiva ou fixa, bem com a estampa produzida por meio de máquina de franquear correspondência, destinadas a comprovar o pagamento da prestação de um serviço postal”.

Peça, segundo Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 961) é “o pedaço de um todo ou a parte de uma coleção”. O objeto jurídico ou o bem juridicamente protegido é a fé pública.

13.3 Atipicidade e forma equiparada

A conduta será atípica se a reprodução ou alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça. Nesse caso, é nítido que o agente não tem a finalidade de ludibriar terceiros.

Sobre a forma equiparada, o parágrafo único do art. 39 pune quem, para fins de comércio, faz uso de selo ou peça filatética de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos

ou alterados. Trata-se de crime que atinge de forma grave aquele que coleciona peças filatélicas, pois, acreditando estar

improvando sua coleção por meio de trocas e compras, queda-se em fraude realizada por terceiro que objetiva vantagem econômica ou obtenção de uma verdadeira, trocando-a pela falsa.

Como não se admite, in casu, a responsabilidade penal objetiva, o tipo penal exige que o agente que utiliza os selos ou pelas ilegalmente reproduzidos tenha consciência de sua fraudulência.

13.4 Consumação, tentativa e elemento subjetivo

A consumação ocorre com a reprodução ou alteração. É possível a tentativa, pois se trata de crime plurissubsistente. O crime é punível apenas à título de dolo.

14. USO DE DOCUMENTO FALSO

14.1 Introdução

Por se tratar a regra do art. 304 uma norma penal em branco, é necessário a leitura dos artigos referentes às penalidades previstas para a falsificação ou utilização do documento.

O preceito secundário também contém remissões, impondo idêntica pena correspondente à falsificação do papel ou documento àquele que se utilizar do documento de mesma natureza

14.2 Classificação doutrinária, sujeito ativo e passivo, objeto material, objetividade jurídica do crime e elemento subjetivo do crime

Crime comum ou geral quanto ao sujeito passivo e ativo, doloso, comissivo ou omissivo impróprio, de forma livre, instantâneo, mono ou unissubjetivo (ou unilateral ou de concurso eventual) não transeunte, plurissubsistente ou unissubsistente. É formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Nesse sentido é a lição do STJ: "O crime de uso de documento falso é formal, consumando-se com a simples utilização do documento reputado falso, não se exigindo a comprovação de efetiva lesão à fé pública" (HC 133.813/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, j. 25.05.2010).

Conforme lições de Masson (2018, p. 582) é também delito acessório (de fusão ou parasitário), pois não tem existência autônoma, reclamando a prática de crime anterior. Trata-se também de delito instantâneo, mas seus efeitos podem ser permanentes.

O sujeito ativo é comum. O sujeito passivo é dúplice: o Estado, que vê sua fé ser degenerada, e a pessoa que possa ser prejudicada pela utilização do papel falso. O Estado é o sujeito ativo imediato, e a pessoa prejudicada, o sujeito mediato.

O objeto material, segundo Masson (2018, p. 582), “é qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302 do Código Penal, quais sejam, documento público (art. 297), documento particular (art. 298), documento público ou particular ideologicamente falso (art. 299), documento contendo falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300), certidão ou atestado ideologicamente falso (art. 301), atestado ou certidão materialmente falso (art. 301, § 1.º) e atestado médico falso (art. 302).”

O dolo é o elemento subjetivo. Não se imputa o crime àquele que, culposamente, supõe ser verdadeiro o seu documento.

14.3 Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena varia conforme o papel que será utilizado. Nesse sentido são as lições de Masson (2018, p. 589):

“Conclui-se, pois, que o uso de documento falso pode constituir-se em infração penal de menor potencial ofensivo (exemplo: uso de atestado médico falso – art. 302), bem como em crime de médio potencial ofensivo (exemplo: uso de documento particular falsificado – art. 298), e, finalmente, em crime de elevado potencial ofensivo (exemplo: uso de documento público falsificado – art. 297).

A ação penal, em qualquer caso, será pública incondicionada.

A competência também sofre variação conforme o documento ou papel utilizado, conforme critérios adotados pela Súmula nº 540 do STJ: “A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor”.

Mantendo a mesma coerência, decidiu o mesmo tribunal que “O fato de os agentes, utilizando-se de formulários falsos da Receita Federal, terem se passado por Auditores desse órgão com intuito de obter vantagem financeira ilícita de particulares não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal” (CC 141.593/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3.ª Seção j. 26.08.2015, Informativo 568).

Tratando-se de uso de passaporte falso, ofende interesse da União (art. IV da CFRB/88), razão pela qual preleciona a Súmula nº 200 do STJ que “O Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou”.

Em relação ao documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino, a Súmula nº 104 do STJ é no sentido de que “Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino”.

Ainda em matéria de jurisprudência, a Súmula Vinculante 36 estabelece que “Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.”

14.3 Apresentação de documento pelo agente

Na hipótese em que um agente, ao ter o seu documento solicitado por uma autoridade pública, especialmente policial, entrega a ele um documento falso, restará configurado, na visão de Rogério Greco (2019, p. 663) e Cleber Masson (2018, p. 585) o crime de uso de documento falso, não se podendo falar em exercício do direito de defesa. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTODEFESA. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que não fica afastada a tipicidade do delito previsto no art. 304 do Código Penal em razão de a atribuição de falsa identidade originar-se da apresentação de documento à autoridade policial, quando por ela exigida, não se confundindo o ato com o mero exercício do direito de defesa. STJ, HC 313.868/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 29/03/2016.

14.4 Documento encontrado em poder do agente

Se o documento for encontrado junto ao agente em uma revista pessoal, sem que esse tenha se utilizado de tal papel, o fato, na visão de Rogério Greco (2019, p. 664) será atípico, em razão do núcleo do tipo exigir expressamente a “utilização”.

Masson (2018, pág. 599) complementa afirmando que “Exige-se o uso real do documento, e não meramente sua utilização para fins de exibicionismo ou vaidade, a

exemplo daquele que mostra a terceiros, em conversa informal, um cheque falso de vultosa quantia emitido em seu favor.”

Por fim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “A simples posse de documento falso não basta à caracterização do delito previsto no art. 304 do Código Penal, sendo necessária sua utilização visando atingir efeitos jurídicos (REExt 1.183/República Federal da Alemanha, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 24.06.2010)”.

Ressalta-se que aquele que utiliza permissão para dirigir ou carteira nacional de habilitação falsa está, de fato, utilizando tal documento, ainda que não esteja exibindo, respondendo, portanto, pelo crime.

14.5 Antefato impunível

Se o agente falsificar o papel e posteriormente o utilizar, Greco (2019, p. 664) argumenta que restará absorvido o crime-meio (falsificação de documento) pelo crime-fim (uso de documento falso), não havendo concurso de crimes.

Entretanto, embora esta última posição seja a mais correta, Cleber Masson diverge dessa posição (2019, p. 663), sendo certo que para ele na verdade o uso de documento falso configura post factum impunível, sendo aplicável o princípio da consunção. Esse último é o entendimento do STJ (STJ, REsp 1389.214/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 15/06/2016). Os dois argumentos principais dessa teoria é a existência do conseqüente lógico entre o crime de falsificação e uso de documento falso e a proibição de punição da mesma conduta pelo mesmo fundamento (ne bis in idem).

14.5 Participação em falsificação e fotocópia não autenticada

Para Greco, o usuário que solicita a confecção de um documento falso para que possa valer-se dele incorre nas penas do crime de falsificação de documento, na condição de partícipe.

Para a doutrina majoritária (Greco) e para o STJ (HC 325.746/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 1º/12/2015), as cópias xerográficas ou reprográficas sem a respectiva autenticação não configuram documento particular para fins penais. Não se descarta, todavia, sua utilização para o crime de estelionato.

Ainda, segundo Masson (2018, p. 583), os papéis impressos ou datilografados, “sem assinatura, não são considerados documentos”.

14.6 Concurso de crimes e concurso de pessoas

Cleber Masson (2018, p. 587) diferencia duas situações: na hipótese de uso de vários documentos falsos no mesmo contexto fático, haverá punição por apenas um crime de uso de documento falso. Entretanto, se houver uso de documento falso em contextos distintos: nesse caso, haverá continuidade delitiva se presentes os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela legislação pátria (art. 71) e a jurisprudência dos tribunais superiores, havendo, nos demais casos, possibilidade de incidência do concurso material de crimes (art. 69).

Não há concurso de pessoas entre o responsável pela falsificação ou alteração do documento e o usuário do documento falso (Masson, 2018, p. 587), pois o Código Penal elenca tipos penais diversos para tais agentes, tratando-se de exceção à teoria monista do concurso de pessoas (art. 29)

14.7 Comprovação mediante perícia e extinção da punibilidade do crime principal

Não é imprescindível a prova pericial para se obter a condenação por crime de uso de documento falso. Nesse diapasão, decidiu o Tribunal da Cidadania:

“É possível a condenação por infração ao disposto no art. 304 do CP (uso de documento falso) com fundamento em documentos e testemunhos constantes do processo, acompanhada da confissão do acusado, sendo desnecessária a prova pericial para a comprovação da materialidade do crime, mormente se a defesa não requereu, no momento oportuno, a realização do referido exame”. HC 305.586/SE, rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, 5.^a Turma, Info 533.

Esse entendimento deve ser criticado, pois a falsidade é uma elementar do crime de uso de documento falso. Além disso, a autenticidade da carta foge à capacidade jurídica do juízo e das testemunhas; por fim, o próprio art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que quando o crime deixar vestígios é imprescindível o exame de corpo de delito. Portanto, deveria prevalecer o entendimento segundo o qual a falsidade só pode ser comprovada por perícia idônea.

14.8 Extinção da punibilidade do crime principal

Ainda que extinta a punibilidade do falsificador do documento, aquele que o utilizou responderá pelas penas cabíveis, pois a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este (art. 108 do C.P.). Cleber Masson (2018, p. 590) argumenta que a extinção da pena do crime principal por *abolitio criminis* se estende à punibilidade do crime ameba ou parasitário.

15. SUPRESSÃO DE DOCUMENTO

15.1 Introdução

Analisando os verbos do tipo, suprimir tem o sentido de eliminar o documento. Ocultar significa esconder, encobrir. Destruir é extinguir materialmente.

15.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica do crime.

Crime comum ou geral quanto ao sujeito passivo e ativo, doloso, comissivo ou omissivo impróprio, de forma livre, instantâneo, mono ou unissubjetivo (ou unilateral ou de concurso eventual) não transeunte, plurissubsistente, não transeunte ou transeunte. É formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado.

Ressalta-se que é um tipo misto alternativo, crime de ação múltipla e de conteúdo variado.

Praticada a supressão, a inutilização e a destruição conjuntamente, haverá apenas um crime, segundo entendimento pacífico.

O objeto material é o documento público ou particular verdadeiro. O objeto jurídico ou bem juridicamente protegido é a fé pública.

Conforme lições de Masson (2018, p. 593), “a destruição, supressão ou ocultação de documento falso não abala a fé pública, sem prejuízo da caracterização de crime diverso, a exemplo do furto (CP, art. 155), do dano (CP, art. 163)”.

Não é admissível o reconhecimento do crime se o objeto for translado, cópia ou certidão, pois não haverá, de fato, destruição, supressão ou ocultação do documento verdadeiro. O STF possui precedentes nesse sentido (HC 75.078/SC, rel. Min. Sydney Sanches, 1.^a Turma, j. 06.05.1997, noticiado no Informativo 70).

O sujeito ativo é comum. O sujeito passivo é o Estado e a pessoa que for prejudicada com o comportamento.

15.4 Sonegação de papel ou objeto de valor probatório

Se a supressão for de autos, documento ou objeto de valor probatório, que o agente recebeu na qualidade de advogado ou procurador, incorrerá nas penas do art. 356 do Código Penal, em razão do princípio da especialidade. Ressalta-se que o crime previsto no art. 365 é cometido contra a administração pública, especificamente contra a administração da justiça.

16. FALSIFICAÇÃO DO SINAL EMPREGADO NO CONTRASTE DE METAL PRECIOSO OU NA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA OU PARA OUTROS FINS

16.1 Introdução e classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, objetividade jurídica do crime e elemento subjetivo

O objeto material é a marca ou sinal empregado pelo poder pública. O objeto jurídico ou bem juridicamente protegido é a fé pública. O sujeito ativo é comum. O sujeito passivo é o Estado e a pessoa que for prejudicada com o comportamento.

Crime comum ou geral quanto ao sujeito passivo e ativo, doloso, comissivo ou omissivo impróprio, de forma livre, instantâneo, mono ou unissubjetivo (ou unilateral ou de concurso eventual) não transeunte, plurissubsistente, não transeunte ou transeunte. É formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado.

Ressalta-se que é um tipo misto alternativo, crime de ação múltipla e de conteúdo variado. Praticada a supressão, a inutilização e a destruição conjuntamente, haverá apenas um crime. O elemento subjetivo é o dolo.

16.2 Figura privilegiada

O parágrafo solitário do artigo em questão estabelece um alcance de pena reduzido (reclusão ou detenção, de um a três anos, e multa), se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal

17. FALSA IDENTIDADE

17.1 Introdução

Por identidade entende-se o conjunto de características de uma pessoa. Identidade são os traços específicos que a distingue das outras, tornando-a um indivíduo.

Tendo em vista que a identidade de alguém gera diversos efeitos jurídicos, não só penais, mas também civis, comerciais, trabalhistas, fiscais e etc, o legislador preocupou-se em punir aqueles que obtêm proveito para si mesmo ou para terceiro ou causa dano a outrem em virtude dessa atribuição falsa.

Como não se trata de crime contra o patrimônio, o proveito pode ser de qualquer natureza (moral, patrimonial, religioso, etc). De fato, por se tratar o delito do art. 307 um crime de natureza subsidiária, caso a vantagem indevida seja patrimonial, incidirá diretamente a responsabilidade pelo art. 171 do C.P.

Com o mesmo raciocínio, caso a vantagem objetivada pelo agente seja de natureza sexual, incidirá o art. 215 do Código Penal (violência sexual mediante fraude).

Ainda seguindo o mesmo entendimento, a atribuição falsa com objetivo de subtrair coisa móvel alheia faz incidir a reprovação do art. 155, §4º do C.P.

Caso típico da infração penal em estudo é a situação daquele que se atribui falsa identidade em concurso público ou provas de qualquer natureza, preenchendo em papel destinado à identificação o nome de um amigo ou familiar para obter-lhe a vantagem da aprovação no certame.

Outro caso frequente é aquele que atribui a si mesmo alguma profissão para cujo desempenho não possui os requisitos legais (pessoa que pretende ser médica, dentista, advogada). A vantagem obtida, nesse caso, pode não só dizer respeito às vantagens profissionais decorrentes da profissão fingida, como pode decorrer da atribuição falsa para a prática de algum ato para cuja prática a respectiva categoria profissional tem alguma facilidade. Ex: uma pessoa, acusada em um processo de estupro de vulnerável, com receio de ser citada no referido processo, mas desejando ter conhecimento sobre o feito, se dirige até o cartório da comarca e solicita uma rápida consulta aos autos, dizendo ser advogado, quando na verdade nunca cursou qualquer faculdade de ensino superior.

17.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente protegido e elemento subjetivo

Delito comum ou geral, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo ou sujeito passivo. Crime doloso, comissivo (admitindo-se, entretanto, a omissão imprópria), de forma livre, instantâneo, monossujeivo, monossubsistente e transeunte, em regra. É também um crime subsidiário.

O sujeito ativo é comum, pois qualquer pessoa pode praticar, e os sujeitos passivos são o Estado e a pessoa prejudicada pela atribuição falsa, se houver.

Inexiste objeto material nesse crime. O objeto jurídico é a fé pública.

O delito consuma-se no momento em que o sujeito atribui a si mesmo ou a terceiro a falsa identidade, pois o delito em questão é formal, não havendo necessidade de obtenção da vantagem desejada ou do prejuízo a terceiro.

A tentativa é cabível nas modalidades escritas, pois, nessa hipótese, o delito será plurissubsistente.

O elemento subjetivo é o dolo, não havendo possibilidade de punição do crime a título culposos.

Deve-se ter em mente que o delito, por seu núcleo do tipo, exige uma conduta comissiva do agente (atribuir-se ou atribuir a terceiro), mas pode ser punido se ficar caracterizado que o agente tinha o dever de evitar o crime.

17.3 Falsa Identidade e autodefesa: a problemática

É possível a autoatribuição falsa com o objetivo de se livrar de condenação criminal, no momento em que alguém, preso em flagrante, relata falsa identidade à autoridade policial?

A posição admitida pelo STJ (HC 139.843/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 22/08/2011, STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ªT., DJ 14/12/2001) e do STF (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/03/2008), até determinado momento, era no sentido da atipicidade da conduta, posto que a todos é garantido o direito de não produzir prova contra si mesmo, garantia constitucional conhecida por *nemo tenetur se detegere*.

Para esse entendimento, a vedação da autoincriminação não abrange apenas o direito de permanecer calado em juízo, sendo interpretado extensivamente para abrigar o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais, de não ceder seu corpo para a produção de provas e o direito de não praticar atos que possam de qualquer forma lhe prejudicar em matéria criminal.

Como corolário desse pensamento, caso a um indivíduo, por exemplo, fosse solicitado a sua identificação ao ser preso em flagrante, essa solicitação violaria automaticamente o direito não produzir prova contra si mesmo, nascendo direito a repelir essa injusta violação por meio de atribuição falsa.

O pensamento de Greco (2019, pag. 684) afirma que a autodefesa diz respeito a fatos, não tendo relação com identificação, sendo a identificação um direito do Estado de saber contra quem proporá a ação penal, razão pela qual deve o agente responder pelo delito.

O STF mudou seu posicionamento, admitindo a imputação (STF, ARE 870.575 Agr/DF, Rel Min. Roberto Barroso, 1ªT., Dje 23/06/2015). Foi seguido pelo STJ, que editou a Sumula nº 522 "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa."

Deve-se ressaltar, por último, que o agente preso em flagrante que nada diz a respeito da sua identidade não comete o crime em questão. Também não lhe é imputada

a prática do crime de desobediência (art. 330 do C.P.), pois não está obrigado a produzir prova contra si mesmo ou adotar conduta que lhe cause prejuízo.

17.4 Legislação especial

Configura contravenção penal (art. 68 do Dec. Lei nº 3.688/41) recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, profissão, domicílio e residência, sendo a pena cominada apenas a multa.

Além disso, configura contravenção penal (art. 45 do Dec. Lei nº 3.688/41) fingir-se funcionário público, sendo certo que a pena pode ser a prisão simples, de um a três meses, ou multa. Deve-se atentar para não confundir o delito em questão com a usurpação de função pública (art. 328 do C.P.), posto que a usurpação compreende o exercício contínuo e reiterado de uma função para o qual o agente nunca se habilitou, enquanto o fingimento é ato notadamente instantâneo.

Se o agente se atribuir identidade falsa perante a administração militar, para obter benefício para si ou terceiro ou para causar dano a outrem, responderá pela conduta tipificada no art. 318 do Código Penal Militar

18. USO DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE ALHEIA

18.1 Introdução

Sobre o delito que aqui será analisado, é pacífico o entendimento que se trata de uma derivação mais gravosa do delito de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP. A denominação do tipo penal é doutrinária, e varia de acordo com o autor.

Trata-se, portanto, de delito expressamente subsidiário, pois o código prevê sua aplicação apenas se o fato constituir crime mais grave.

Os núcleos do tipo são os verbos “usar” e “ceder”.

O tipo penal utiliza-se de interpretação analógica para exemplificar os documentos que podem ser utilizados por parte do transgressor para que consume o crime ora previsto. Como dito, tratam-se de exemplos, não esgotando-se os documentos no rol trazido pelo tipo, já que este mesmo utilizar a interpretação analógica ao aludir “ou qualquer documento dessa natureza”.

18.2 Classificação doutrinária, Sujeitos ativo e passivo, objeto material, objetividade jurídica do crime e elemento subjetivo

Cuida-se de crime comum, doloso, não havendo previsão de modalidade culposa, comissivo, admitindo-se, também, a hipótese de omissão imprópria, de forma livre, instantâneo, monossubjetivo, não transeunte e pluri ou monossubsistente, dependendo da forma como o delito for praticado, podendo ou não ocorrer o fracionamento do iter criminis.

O sujeito ativo deste delito pode ser qualquer pessoa, por se tratar de crime comum, porém, em relação ao sujeito passivo, por ser ele o Estado, titular da fé pública, se caracteriza como próprio quanto a este último.

O objeto material é o documento de identidade alheio e o bem juridicamente protegido é a fé pública. O elemento subjetivo é o dolo.

18.3 Consumação, tentativa e modalidades comissiva e omissiva

Na primeira parte do tipo, cujo verbo é “usar”, o crime consuma-se com o efetivo uso do documento, somente ocorrendo quando o agente fizer uso efetivo do documento, deliberadamente, como se fosse próprio. Quanto à segunda parte, restará o crime consumado quando o agente efetivamente cede, ou seja, entrega seu documento pessoal à outrem para que use como se seu fosse.

A tentativa é admitida dependendo da possibilidade de fracionamento do iter criminis, cuja avaliação se dará de acordo com o caso concreto.

Os núcleos do tipo compreendem uma conduta positiva por parte do agente, caracterizando-se como comissivo. Pode ocorrer, entretanto, a hipótese da omissão imprópria, no caso de agente garantidor que nada faz para impedir o cometimento do ilícito previsto no art. 308 do CP.

18.4 Uso de documentos de identidade alheio e uso de documento falso.

No crime tipificado no art. 308, o uso é de documento verdadeiro, ainda que tal ideia não esteja expressamente abordada no tipo penal. Deste modo, ainda que o agente, ao utilizar documento falso em nome de terceiros, como exemplificado por Masson (2018, pág. 608), como quando o criminoso troca a foto original de um passaporte de outrem para uma sua, visando utilizar-se deste para evadir-se do país, a ele será imputado o delito de documento falso ou falsificação de documento público, tendo em vista sua adulteração.

18.5 Uso de documento pessoal alheio e Código Penal Militar

Greco (2019, pág. 693) explica sobre a existência deste delito no corpo do Código Penal Militar, conforme seu art. 317, punindo com pena de detenção de até seis meses aquele que usa documento de identidade alheia ou licença/privilegio em favor de

terceiro, ou ceda a alguém documento próprio de mesma natureza, desde que a utilização do documento implique dano à administração ou ao serviço militar.

19. FRAUDE DE LEI SOBRE ESTRANGEIROS.

19.1 Introdução

A livre circulação de pessoas pelo território brasileiro em tempos de paz é assegurada pela Constituição da República no rol de seu art. 5º, que a alude como sendo um direito fundamental. Ocorre que, apesar da liberdade de locomoção estar prevista na carta magna, tal direito não é irrestrito àqueles que não são brasileiros.

Neste caso, a própria Constituição mitiga o direito de liberdade de locomoção de pessoas estrangeiras, conforme aduzido pelo art. 5º, XV, no qual está disposto que este direito será exercido conforme a lei estipular.

A lei, neste caso, é a Lei de Migração, de nº 13.445, criada recentemente, em 24 de maio de 2017, com o objetivo de revogar o obsoleto Estatuto do Estrangeiro, que tratava dos imigrantes como se representassem perigo a segurança nacional, para que passassem a serem vistos como sujeito de direito em solo brasileiro.

O art. 1º da lei supra é o responsável pela regulação da entrada e estada no país, bem como sobre os direitos e deveres dos imigrantes e visitantes que intentem sua estadia no Brasil e, por último, estabelece diretrizes e princípios para as políticas públicas voltadas à esta classe.

Este artigo também abarca definições que se mostrarão importantes para a compreensão do tipo penal objeto deste tópico, definindo como imigrante “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”, como emigrante “brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”, como residente fronteiriço “pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho”, como visitante “pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional” e como apátrida “pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954”. Depreende-se da leitura da Lei de Migração que os estrangeiros que pretendam ingressar e permanecer no país devem observar as regras estabelecidas pela legislação interna, sob pena, inclusive, de responderem criminalmente por transgressões. O tipo penal ora analisado abarca umas das possibilidades de responsabilização criminal de estrangeiros que transgredem normas pátrias.

A fraude de lei sobre estrangeiros é um crime de médio potencial ofensivo, uma vez que sua pena se compreende em detenção, de um a três anos, e multa.

Da análise do tipo penal supra, podem ser destacados dois aspectos. O primeiro deles é a conduta de usar o estrangeiro nome que não é seu, e o segundo é a finalidade de entrar e permanecer no território nacional.

Aduz Rogério Greco (2018, p. 697 e 698)²⁷ que: “não é a simples utilização de nome falso pelo estrangeiro que caracteriza o delito em estudo. Na verdade, deverá atuar com uma finalidade especial, ou seja, a de entrar e permanecer em território nacional, pois, caso contrário, o fato poderá não se amoldar”.

Neste caso, portanto, se o estrangeiro em território nacional utiliza nome que não é seu para entrar em uma festa, por não agir com o fim especial de entrar e permanecer em território nacional, não responderá pelo crime aqui descrito.

O autor aborda ainda que, pelo fato do tipo abarcar apenas o uso indevido do nome, se o imigrante se utiliza de profissão, status civil e outros que não correspondem com os seus verdadeiros, sua conduta também não se adequará ao tipo.

19.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, bem material, objetividade jurídica e elemento subjetivo.

Cleber Masson (2018, p. 611) classifica o crime de fraude de lei sobre estrangeiros como um crime simples, ou seja, aquele que não é uma fusão entre dois tipos penais diversos, como próprio, uma vez que seus sujeitos ativo e passivo são especificados pelo próprio tipo penal, qual seja: estrangeiros (ativo) e Estado (passivo).

Além disso, trata o tipo penal em análise como sendo formal, ou seja, aquele no qual há a possibilidade de um resultado naturalístico, mas a lei não exige o resultado para que haja a consumação do crime, doloso, de forma livre, comissivo, em regra, no qual a conduta é proveniente de uma ação e não uma omissão, instantâneo, unissubjetivo, só sendo necessária a prática do delito por parte de um único agente, e unissubsistente.

Em relação aos sujeitos, o autor Rogério Greco (2019) explica que sendo este crime próprio, o único sujeito ativo que poderá praticar a conduta é o indivíduo estrangeiro. Quanto ao seu parágrafo único, que estipula modalidade qualificada do crime, trata-se de crime comum, posto que qualquer pessoa pode atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional. Por se tratar de um crime contra a fé pública, o sujeito passivo é o Estado

Sobre o objeto material, Masson (2018, p. 162) aduz se tratar do nome, no qual se compreendem prenome e sobrenome, conforme artigo 16 do Código Civil. Aborda

ainda, em relação à objetividade jurídica, o bem jurídico protegido pelo direito penal é a fé pública, precipuamente no que se relaciona à identidade dos indivíduos, que resulta no controle estatal na migração.

19.3 Consumação, tentativa, modalidades omissiva e comissiva e qualificada

Sobre a consumação do crime em tese, aduz Greco (2019, p. 697) que: “O delito previsto no caput do art. 309 do Código Penal se consuma quando o estrangeiro, efetivamente, usa um nome que não é seu, ou seja, se identifique como outra pessoa”. Deste modo, conforme explicitado pelo douto professor, não é necessário que haja um consequência proveniente da conduta criminosa, apenas que o sujeito ativo se identifique com nome que não é seu, não sendo necessária a persecução do fim (ou seja, entrar e permanecer no país) para que o delito seja consumado.

Sobre a tentativa, também analisada pelo autor supra, esta deverá ser analisada em cada caso, posto que sua ocorrência é muito incomum, não havendo muitos exemplos teóricos que a explicitasse. Masson (2018, p. 612), todavia, informa que esta ocorrerá no caso de crime plurissubsistente, quando da ocorrência do fracionamento do iter criminis, explicitado através do seguinte exemplo: “A’, depois de desembarcar no aeroporto, começa a preencher o formulário para ingresso no Brasil, mas é preso em flagrante antes de completar o espaço reservado para o nome do imigrante”.

Para ele, não se admite tentativa no caso de crime unissubsistente, como, por exemplo, a verbalização do nome falso, posto que, neste caso, o estrangeiro efetivaria a conduta, e o crime se daria por consumado. No que tange a modalidade qualificada, o crime se consumará a partir da atribuição, ou seja, imputação do nome falso ao estrangeiro almejando sua entrada em solo brasileiro.

No caso do crime em análise, o elemento subjetivo é o dolo, uma vez que a tipificação penal não prevê modalidade culposa do delito, precisando o indivíduo, quanto à prática da conduta, agir com a finalidade específica de entrar e permanecer em solo nacional. O dolo é também elemento subjetivo do parágrafo único, que prevê a modalidade qualificada do crime, também não se admitindo a modalidade culposa.

No que se refere às modalidades comissivas e omissivas, os núcleos dos tipos previstos no artigo e em seu parágrafo único, de usar e atribuir, pressupõem uma conduta positiva por parte do sujeito ativo, resultando, por conseguinte, na modalidade comissiva.

Ocorre que tal delito também pode ser cometido de forma omissiva imprópria se a conduta negativa for exercida por agente garantidor, que, dolosamente, não faz nada

para evitar o ingresso ou permanência do estrangeiro que utiliza nome falso ou ao qual foi atribuída qualidade falsa no país.

O parágrafo único do artigo 309 do CP tipifica, com redação determinada pela lei 9.426/96, o crime de atribuição falsa de qualidade a estrangeiro para promover-lhe a entrada em solo nacional, punível com pena de reclusão, de um a quatro anos e multa.

Neste caso, ao contrário do previsto no caput, não é o estrangeiro quem comete a conduta, mas sim alguém inespecífico, motivo pelo qual a conduta qualificada se caracteriza como crime comum em relação à seu sujeito ativo.

No caso em análise pode-se notar que não se trata apenas de atribuição de nome falso, mas de qualidade, sendo este um termo amplo e de difícil caracterização que engloba, para além do nome, outros aspectos da personalidade que podem ser utilizado para a individualização da pessoa, como filiação, data de nascimento, profissão e origem étnica.

Ao contrário do previsto no caput, nota-se que a conduta é de concurso necessário, posto que é preciso que ao menos duas pessoas a pratiquem, quais sejam: a que atribui a falsa qualidade e o estrangeiro beneficiado pela conduta criminosa. Este crime é classificado como de forma livre, já que pode ser exercido através de via oral, escrita, por gestos e etc, no qual também não se admite modalidade culposa.

Para Greco (2018, p. 614), devido ao fato do parágrafo único do art. 309 do CP somente prever como finalidade da conduta a entrada do estrangeiro no país, a conduta visando sua permanência não constitui crime, como o faz no caput do artigo supra.

19.3 Pena, ação penal, suspensão condicional do processo e competência

Para o tipo fundamental do art. 309, a pena cominada é de detenção, de um a três anos, e multa, enquanto para a modalidade qualificada do parágrafo único, é de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Ambas são de iniciativa pública incondicionada.

Por se tratar de crime de médio potencial ofensivo, tendo em vista sua pena mínima de um ano de detenção, fica autorizada a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos do art. 89 da lei 9.099/95.

Sobre a competência de julgamento desse crime, aduz Cleber Masson (2018, p. 614) que a regra de competência nesses casos se dá a partir do art. 109, X, da Constituição Federal, in verbis:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;"

Além disso, tal posicionamento também é defendido pelo STJ :

"Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento de ações penais que versem sobre delitos praticados em afronta aos serviços da União, assim como aqueles que digam respeito à permanência irregular do agente em solo pátrio. Precedentes. Inteligência dos incisos IV e X do artigo 109 da Constituição da República" (HC 107.018/AL, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 6.^a Turma, j. 21.10.2008).

20 FRAUDE EM PREJUÍZO DA NACIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE

20.1 Introdução

Apesar da redação de difícil compreensão, o delito do art. 310 do Código Penal visa basicamente punir aquele que de alguma forma "empresta" ou seu nome a estrangeiro para que este o utilize como proprietário da ação, título ou valor, quando na verdade é o estrangeiro que a possui.

Nos dizeres de Cleber Masson (2018, p. 616), "o núcleo do tipo é "prestar-se a figurar", no sentido de alguém permitir, a título oneroso ou gratuito (exemplo: amizade, parentesco, dívida pessoal etc.) a utilização de seu nome como possuidor ou proprietário de ação, título o valor, quando em verdade tais bens pertencem ao estrangeiro, em relação a quem a propriedade ou posse é proibida por lei. É a famosa figura do "laranja" ou do "testa de ferro", na qual se opera a simulação da propriedade ou posse do objeto material, desrespeitando-se as proibições impostas pela legislação pátria."

Essa proibição fundamenta-se no art. 222, §1.º da Constituição Federal, que ordena que "em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos."

20.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material, bem juridicamente protegido e elemento subjetivo

Delito comum ou geral, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo ou sujeito passivo. Crime de forma livre, formal, comissivo (admitindo-se, entretanto, a omissão imprópria), de forma livre, instantâneo, monossujeito, plurissubsistente, não transeunte.

O sujeito ativo deve ser de nacionalidade brasileira, e o sujeito passivo é o Estado.

O objeto material é a ação, título ou valor pertencente ao estrangeiro. O bem juridicamente protegido é a fé pública.

A consumação se dá quando ocorre a substituição do verdadeiro possuidor pelo falso.

21. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR

21.1 Introdução

O delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor foi criado pela lei 9.426/96 e adicionado ao CP para coibir a comercialização clandestina de veículos automotores. Isto porque, anos atrás, passou a se tornar prática comum a adulteração de sinais de veículos roubados por parte de mecânicos que visavam ajudar criminosos a assegurar que o objeto do roubo não fosse identificado.

Antes da criação da lei, tal conduta era atípica, tendo em vista que não existia tipo penal que a criminalizava. A partir da alta incidência desse tipo de conduta, mostrou-se necessária a edição de uma lei que abarcasse tal conduta na legislação brasileira, tendo em vista que, devido ao fato desses mecânicos só agirem após a consumação da infração penal, estes ficavam impunes, mesmo contribuindo com a atividade criminosa. Com o advento da lei, passou-se a punir estes transgressores de forma autônoma, possibilitando, inclusive, o concurso de crimes.

Como núcleo do tipo, temos o verbo "adulterar", ou seja, mudar o sinal, desconfigurando-o, ou "remarcar", mudar de novo, transformando um sinal em outro. Neste sentido, o transgressor pode mudar o número do chassi do veículo, modificando algumas letras ou número, ou pode mudá-lo completamente para que passe a constar algo totalmente novo.

Insta observar que o legislador não criminalizou, na redação original, a conduta de ocultar, tampouco suprimir estes sinais caracterizadores do veículo automotor. Assim aduz Masson (2018): "não se verifica o delito previsto no art. 311 do Código Penal quando alguém oculta a placa de identificação de automóvel, com o escopo de evitar o pagamento de pedágio".

Porém, a Lei nº 14.562/2023 deu nova redação ao *caput* do art. 311, para estabelecer o núcleo “suprimir”, de forma que também a supressão, observada a irretroatividade, configura crime.

21.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, bem material, objetividade jurídica e emento subjetivo

Masson (2018) traz como classificação doutrinária deste crime como sendo ele simples e comum, podendo, portanto, ser cometido por qualquer indivíduo, de consumação antecipada e de forma livre, por ter vários meios de execução, tais quais alteração de códigos dos vidros, alteração de placas verdadeiras, por falsas, modificação de caracteres constantes no motor e em demais peças do veículo e etc.

Aduz ainda ser este crime comissivo, em regra, não transeunte e instantâneo de efeito permanente, bem como unissubjetivo e, em regra, plurissubsistente.

Trata-se, ainda, de crime de tipo misto alternativo já que a lei abarca três núcleos distintos e a conduta voltada à ambas as ações configuram um delito único, ou seja, não importa se o criminoso altera ou remarca o chassi ou qualquer outro sinal identificador do veículo automotor; realizando uma das condutas, esta se enquadrará no tipo penal em análise.

Apesar do comumente pensado quanto a este crime, não necessariamente a conduta enquadrada no art. 311 do CPP deve ser precedida de crime patrimonial já que, neste caso, o bem jurídico tutelado é a fé pública e não o patrimônio.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime, uma vez que trata-se de crime comum. O sujeito passivo é o Estado, bem como aqueles que forem prejudicados pela conduta do agente.

O objeto material neste delito é o número do chassi, ou seja, código de identificação inserido na estrutura de aço sobre a qual se monta a carroceria do veículo, ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

Interessante se faz ressaltar que a adulteração aludida no tipo penal se estende a qualquer elemento identificador que exista no automóvel, posição que já existia antes da Lei 14.562/2023. Neste sentido, aduz o STF:

“Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 do Código Penal, com o conteúdo introduzido pela Lei n.º 9.426-96). Tipifica, em tese, a sua prática, a adulteração de placa numerada dianteira ou traseira do veículo, não apenas da numeração do chassi ou

monobloco.” (HC 79.780/SP, rel. Min. Octávio Gallotti, 1.^a Turma, j. 14.12.1999)

O bem juridicamente protegido é a fé pública, no que tange à proteção da propriedade e segurança do registro, visando a lei resguardar a autenticidade dos sinais identificadores dos veículos. Importante ressaltar ainda que o Código de Trânsito Brasileiro também faz alusão à identificação de veículos, especificamente nos seus artigos 114 e 115. O artigo 311 do CP faz alusão unicamente ao chassi ou qualquer outro sinal identificador de veículo automotor que demonstra-se como elemento normativo do tipo, fazendo-se necessária, por este motivo, a sua conceituação.

O CTB traz em seu corpo normativo a definição de veículo automotor que compreende “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisa ou para tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas ou coisas.”

Importante observar que a Nova Lei 14.562/2023 incluiu também a supressão, alteração de veículos elétricos, reboques, semirreboques e híbridos, de forma que não prevalece mais a oposição de que o delito não se estende quanto à reboques ou semi reboques (vide STJ, HC 134.794/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, j. 28.09.2010, noticiado no Informativo 449).

O elemento subjetivo deste delito é o dolo, não havendo previsão para a modalidade culposa.

21.3 Consumação, tentativa, modalidades omissiva e comissiva, e prova da materialidade do fato.

O delito é consumado quando o transgressor adultera ou remarca efetivamente o chassi, placa, motor ou outro sinal identificador do veículo automotor. Uma vez sendo este um crime plurissubsistente, como aludido anteriormente, resta caracterizada a possibilidade do crime tentado.

Por se tratar de crime não transeunte, ou seja, que deixa vestígio, se faz necessário laudo pericial que ateste a adulteração ou remarcação do sinal identificador. Deste modo, será através de exame de corpo de delito, direto ou indireto, não bastando a confissão do acusado, para que reste caracterizada a materialidade.

Suprimir, remarcar e adulterar são condutas positivas e, por isso, configuram comportamento comissivo por parte do agente. O delito, entretanto, pode ser cometido na forma comissiva caso a conduta criminosa parta de agente garantidor que,

dolosamente, nada faz para impedir a prática do crime, como exemplificado por Greco (2019, pág. 708):

“[...] imagine-se a hipótese em que um policial, tendo conhecimento de que em determinada oficina mecânica esta sendo realizada adulteração de um chassi de um veículo automotor, pelo fato de ser amigo do agente que levava a efeito o comportamento criminoso, dolosamente, nada faz para impedi-lo. Nesse caso, entendemos que deverá responder, nos termos do art. 13, § 2º do CP, pelo delito tipificado no art. 311 do mesmo diploma legal, e não por simples prevaricação, tendo em vista sua posição de garantidor.”

21.4 Causa especial de aumento de pena e tipo equiparado

O parágrafo primeiro do art. 311, que diz respeito à causa especial de aumento, aduz em seu texto que “Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço”. Neste caso, a conduta do funcionário público, por representar infidelidade para com a função que exerce e por ter maior facilidade para a prática do crime, compreende maior reprovabilidade, motivo pelo qual se faz necessário o aumento da pena.

Ainda sobre as diversas modalidades previstas no art. 311, seu §2º abarca o tipo equiparado e aborda a conduta, também do agente público, que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo material ou oferecendo informação oficial indevidamente, incorrendo o mesmo nas mesmas penas aduzidas pelo tipo.

No caso em tese, trata-se de crime próprio, posto que seu cometimento deve partir de funcionário público, cuja conduta não se destina à adulteração ou remarcação de quaisquer sinais identificadores do veículo, mas sim na contribuição e auxílio para que o indivíduo que praticou o crime consiga utilizar-se do veículo adulterado ou remarcado mediante licenciamento e/ou registro, facilitado pelo sujeito ativo deste delito.

Ainda há o §2º, II e III incluído pela Lei 14.562/2023, que prevê uma modalidade especial de receptação, consistentes naquele que recebe, transporte e pratica outras condutas em relação ao veículo com o sinal alterado ou o faz em relação à objetos, instrumentos e aparelhos especialmente destinados à falsificação.

Não prevê, porém, art. 311, §3º III que será punido aquele que conduzir veículo automotor com placa suprimida. Ou seja, aquele que pilotar uma moto sem placa não será punido nos termos deste artigo. O inciso III prevê apenas aquele que praticar as condutas nele descritas em relação à veículo adulterado ou remarcado, e não com o sinal suprimido.

21.6 Colocação de fita adesiva na placa de veículo automotor e falsificação grosseira

Sobre a hipótese de colocação de fita adesiva em placa de veículo visando esconder suas informações, de acordo com Masson (2018, pág. 621) são dois os posicionamentos doutrinários sobre o assunto.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de enquadramento desta conduta no tipo penal do artigo 311, posicionamento este confirmado por decisão do STF, que aduz:

A conduta de adulterar a placa de veículo automotor mediante a colocação de fita adesiva é típica, nos termos do art. 311 do CP (“Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa”). Com base nessa orientação, a 2.^a Turma negou provimento a recurso ordinário em habeas corpus. O recorrente reiterava alegação de falsidade grosseira, percebida a olho nu, ocorrida apenas na placa traseira, e reafirmava que a adulteração visaria a burlar o rodízio de carros existente na municipalidade, a constituir mera irregularidade administrativa. O Colegiado pontuou que o bem jurídico protegido pela norma penal teria sido atingido. Destacou-se que o tipo penal não exigiria elemento subjetivo especial ou alguma intenção específica. Asseverou-se que a conduta do paciente objetivava frustrar a fiscalização, ou seja, os meios legítimos de controle do trânsito. Concluiu-se que as placas automotivas seriam consideradas sinais identificadores externos do veículo, também obrigatórios conforme o art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro”.RHC 116371/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.^a Turma, j. 13.08.2013, noticiado no rol informativo 715.

O Superior Tribunal de Justiça também vem adotando essa linha de pensamento:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal entende que a simples conduta de adulterar a placa de veículo automotor é típica, enquadrando-se no delito descrito no art. 311 do Código Penal. Não se exige que a conduta do agente seja dirigida a uma finalidade específica, basta que modifique qualquer sinal identificador de veículo automotor. A conduta realizada pelo recorrido, que, com o uso de fita isolante, modificou o número da placa da motocicleta, configura o delito tipificado no referido dispositivo” (AgRg no Agravo em Recurso Especial 860.012/MG, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.^a Turma, j. 07.02.2017).

O segundo posicionamento, ao contrário do primeiro, defende a impossibilidade de sua adequação típica, uma vez que a conduta deve revertir-se de permanência já que, somente assim, seria possível reconhecer a lesão à fé pública. Se temporária e facilmente perceptível, como ocorre no caso em análise, a mudança não implica em adulteração ou remarcação, afastando-se do delito típico do art. 311 do Código Penal.

Sobre a falsificação grosseira, Greco (2019, pág. 711) explica que a falsificação grosseira nos crimes contra a fé pública, não se enquadra ao delito tipificado no art. 311, sendo este posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, conforme confirmado por julgados do STJ trazido por Masson (2018, pág. 622) em sua obra, in verbis:

“Nesta instância especial, entendeu-se que, no caso, efetivamente, houve a colocação de fita adesiva ou isolante para alterar letra ou número da placa de identificação do veículo, o que é perceptível a olho nu. Em sendo assim, o meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo, objeto de crime contra o patrimônio. Observou-se que qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade, que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida. Ressaltou-se que a punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista no tipo descrito no art. 311 da lei subjetiva penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à mingua de lesão ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. REsp 503.960/SP, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP), 6.ª Turma, j. 16.03.2010, noticiado no Informativo 427.

21.7 Utilização de placas frias

Masson (2018, pág. 622) traz em sua obra a situação na qual funcionários públicos, no exercício de suas funções sigilosas, utilizam-se de placas reservadas, fornecidas pela autarquia de trânsito Detran, para substituir placas verdadeiras. Tal situação é corriqueira nas atividades da Policial Federal e Civil e pela Corregedoria da Polícia Militar, para evitar a descoberta de investigações criminais por parte da polícia judiciária. Neste mesmo viés, tais placas são também utilizadas por membros do MP, Receita Federal e outros agentes estatais.

A utilização destas placas, ainda que reservadas, não configuram crime, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar do funcionário público. Isto porque as placas são verdadeiras e o delito somente se configura no caso de substituição de placas falsas.³⁵

21.8 Confronto entre os crimes de adulteração de sinal identificador de veículo automotor e de receptação: unidade ou pluralidade de crimes?

Masson (2018, pág. 623) também traz em discussão a análise conjunta dos art. 180, que trata sobre o delito de receptação, e o 311 que trata do tipo ora analisado, abarcando dois exemplos elucidativos.

O primeiro deles compreende a situação na qual o agente é surpreendido na direção de carro com número de chassi adulterado. Neste caso, se não houver provas do seu envolvimento no crime previsto no art. 311 do CP, este agente será responsabilizado apenas pela receptação, dolosa ou culposa. Ainda que ele tenha conhecimento do roubo/furto anterior, não há como se falar em concurso de agentes já que não é possível a caracterização de coautoria ou participação após a consumação do crime.

A segunda situação exemplificativa diz respeito ao agente que recebe o carro sabendo de sua origem criminoso e, posteriormente, efetua adulteração ou remarcação de sinal identificador do carro. Neste, o agente responderá pelos dois crimes, quais sejam: receptação e adulteração ou remarcação de sinal identificador de veículo automotor em concurso material.

Evidente que essa discussão tem sentido apenas em condutas anteriores à Lei 14.562/2023, afinal foi incluída a figura da receptação expressamente no art. 311, §2º, III como figura equiparada.

22. FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO

22.1 Introdução

Este delito foi incorporado ao CP a partir da promulgação da lei 12.550/2011, responsável por autorizar a criação de empresa pública unipessoal de nome Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, por parte do Poder Executivo, não tendo esta, a primeira vista, qualquer relação com o tipo penal em análise.

Com o crescimento exponencial na demanda por concursos públicos, tendo em vista a estabilidade e os salários que se mostram discrepantes aos da iniciativa privada, passou a tornar-se corriqueira a prática de fraudes nesses concursos de candidatos que pretendem encurtar o esforço de alcançar o cargo almejado, que se dá pela pouca fiscalização, por parte do poder público, desses processos. Essas fraudes se estendem em todos os concursos públicos, sejam vestibulares, concursos públicos da esfera municipal, estadual e federal, processos seletivos, dentre outros.

Tendo em vista essa grave situação, o legislador, com pressa, acabou por adicionar os tipos penais ao corpo normativo, aproveitando a lei para nela incluir o crime

previsto no art. 311-A do CP, com o intuito de, equivocadamente, transferir ao direito penal, e não ao administrativo, a tarefa de fiscalizar certames de interesse público, como uma forma midiática de demonstrar que os governantes estariam agindo frente à grave situação de fraudes.

Este tipo penal é abarcado por inúmeros verbos nucleares, sendo eles “utilizar”, ou seja, fazer uso, servir-se, núcleo este geralmente praticado pelo candidato em uma das situações previstas nos incisos do tipo penal e “divulgar”, tornar público, este usualmente praticado pelo indivíduo que pretende a utilização, por parte de candidato, de informações sigilosas das quais este não deveria ter conhecimento, para que fosse assegurado o princípio da igualdade entre os candidatos.

O tipo penal prevê que tais atos devem ser praticados de maneira indevida, sendo necessária a utilização ou divulgação de informações sigilosas cujo conteúdo não poderia tornar-se público, visando beneficiar unicamente o próprio agente ou outrem.

Nota-se, portanto, que o tipo prevê o especial fim de agir, ou seja, o agente deve atuar com o objetivo de atingir uma ou ambas das finalidades previstas no tipo (beneficiar a si ou a outrem ou comprometer a credibilidade do certame). Geralmente a conduta de divulgação de informações sigilosas se dá pelo funcionário público, mas é possível sua prática a partir de um indivíduo que não compunha a Administração Pública, estando as duas situações previstas no tipo penal em tese. Sob o agente público, entretanto, recai causa especial de aumento de pena, uma vez que, por representar a administração, sua conduta é mais reprovável.

A utilização ou divulgação do conteúdo sigiloso, conforme dispõe o caput do art. 311-A do tipo penal em análise há de ser indevidas, representando a palavra “indevidamente” uma elementar do tipo. Assim como esta, também caracteriza-se como elementar do tipo a expressão “conteúdo sigiloso” uma vez que seu uso indevido é capaz de causar danos inúmeros à Administração motivo pelo qual se faz necessária a punição de quem o divulga.

22.2 Classificação doutrinária, sujeitos ativo e passivo, objeto material e objetividade jurídica

Rogério Greco (2019, pág. 718) classifica este delito como sendo comum em relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao passivo, posto que o Estado é a titular da fé pública no plano primário. Além disso, trata-se de crime doloso, posto que não há previsão de sua modalidade culposa, comissivo - ou omissivo impróprio - ou omissivo no que compreende os núcleos “permitir” e “facilitar” que podem pressupor conduta negativa do

agente, instantâneo, de forma livre, monossujeito, plurissubsistente e transeunte ou não transeunte, o que dependerá da forma como o delito é praticado.

O bem jurídico que a lei pretende tutelar neste caso é a fé pública, no que compreende a impessoalidade, isonomia e moralidade referentes aos certames de interesse público, tendo em vista sua principal característica: o sigilo, sendo este o responsável por dar credibilidade aos processos. Da análise da teoria constitucional do direito penal, depreende-se que esse tipo tem como fundamento de validade diversos dispositivos da carta magna, em especial o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput e dos princípios constitucionais norteadores da administração pública, previstos no art. 37 do mesmo diploma.

Como objeto material, este pode ser definido como os concursos públicos, avaliação ou exame públicos, processos seletivos para ingresso no ensino superior e exame ou processo seletivos previstos em lei. Tais conceitos amplos foram propositalmente utilizados pelo legislador de modo a garantir maior amplitude ao texto legal e assegurar punição à quaisquer fraudes relacionadas aos processos acima citados.

O sujeito ativo do delito ora analisado pode ser qualquer pessoa, como, por exemplo, candidato inscrito no ENEM. Se o crime, entretanto, for cometido por funcionário público, passa a ser caracterizado como crime próprio, e sua pena será aumentada em um terço.

Quanto ao sujeito passivo, este é o Estado, titular da fé pública. Também figuram no polo passivo, só que de maneira secundária, pessoas físicas ou jurídicas prejudicadas pela conduta.

Como elemento subjetivo, resta caracterizado o dolo, direto ou eventual. O tipo penal também abarca a necessidade de um especial fim de agir. Não se admite, neste caso, modalidade culposa, restando atípica a conduta daquele que, por negligência, divulga indevidamente conteúdo sigilosos sobre concurso público.

22.3 Consumação, tentativa, elemento subjetivo e modalidades comissiva e omissiva

De acordo com Cleber Masson (2018, pág. 631), por se tratar de crime formal, este consuma-se com a utilização da divulgação indevida de conteúdo sigiloso com o fim de beneficiar a si ou a outrem ou de comprometer a credibilidade dos certames de interesse público, bastando a mera intenção para que o crime se consuma, independentemente de causação de dano à Administração Pública.

Quanto ao núcleo "utilizar", a consumação do crime se dá com o efetivo uso de conteúdo sigiloso relacionados ao certame de interesse público. Quanto ao "divulgar", resta consumada a infração no momento em que o agente torna pública informação de

caráter sigiloso, não importando de o terceiro ao qual foi dada a informação se utilizou dela ou não.

Já no caso do §1º, a consumação se dará quando o agente permitir ou facilitar efetivamente e por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

A tentativa é possível uma vez que que é possível o fracionamento do crime, por se tratar de delito plurissubsistente, devendo os delitos serem analisados no caso concreto para que se confirme tal possibilidade.

23. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Explanadas todas as falsidades, um ponto crucial deve ser abordado inicialmente: é aplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a fé pública?

É sabido que para a aplicação do instituto são necessários os requisitos objetivos (mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica) e subjetivos (ausência de habitualidade e reincidência), consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.

Nos casos dos crimes contra a fé pública, o STJ pacificou o entendimento que não é aplicável, pois “o bem jurídico protegido envolve a credibilidade, a confiança das pessoas e a preservação da fé pública nos documentos particulares” (STJ AgRg-RHC 155.201; Proc. 2021/0323751-6; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Jesuíno Rissato; Julg. 13/12/2021; DJE 16/12/2021).

Todavia, já admitiu o STF a aplicação do princípio em uma hipótese excepcional, no crime de atestado médico para justificar ausência de serviço (HC 117638, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014).

Além disso, há inúmeros julgados de ambos os tribunais absolvendo o agente em função da existência de falsificação grosseira; embora o fundamento técnico para a absolvição seja diverso, conforme será visto, a fundamentação sobre “ausência de potencialidade lesiva” tangencia um dos fundamentos da insignificância, que é justamente a mínima ofensividade e a ausência de periculosidade social.

O entendimento mais restritivo deve ser criticado, pois imagine-se a situação de um agente, primário, que falsifica uma moeda de cinquenta centavos? Deve ser punido

pelo crime de moeda falsa? A posição mais acertada é a de que não, pois a ínfima ofensa ao bem protegido certamente resulta em sua atipicidade material, devendo uma perspectiva crítica do Direito Penal alinhar-se à sua excepcionalidade e à sua fragmentariedade, no sentido material.

24. CONCLUSÃO

A tutela dos crimes contra a fé pública, delitos em constante evolução e construção doutrinária, é essencial para a garantia da segurança jurídica nas relações pública e particulares.

Como visto, os crimes contra a fé pública possuem intensas divergências doutrinárias e a configuração dos tipos penais exige especial atenção, notadamente considerando que a maior parte dos crimes são pluriofensivos.

Também foi explanado que a evolução doutrinária atual permitiu a formulação de uma teoria geral dos crimes contra a fé pública, de modo que na sua aplicação é essencial ter como base os conceitos técnicos e jurídicos abordados ao longo do artigo.

Por fim, foi demonstrado que a análise dos crimes contra a fé pública exige também especial consideração sobre a potencialidade lesiva, os conceitos específicos dos objetos materiais sobre os quais recaem as condutas, e a concorrência dos crime entre si e a necessidade de se evitar dupla incriminação, e a atenção especial para a competência.

25. REFERÊNCIAS

MASSON, C. Direito Penal: parte especial arts. 213 a 359-A. Juspodivm. São Paulo, 2018.

ROCCO. A. Monografia L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Roma, 1932. Vol. 1, pág. 595.

GRECO, R. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3. Impetus. Niterói, 2018.

BITTENCOURT. C.R. Tratado de Direito Penal. Vol. 4. Saraiva. Rio de Janeiro, 2017.

NUCCI. G. de S. Código Penal Comentado. Editora Gen Jurídico. São Paulo, 2017.

MIRABETE, J. F. Manual de Direito Penal, Vol. 3. 34ª Edição. Editora Gen Jurídico. São Paulo. 2019

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, 1940.



BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

ARBITRAGEM COMO MÉTODO EXTRAJUDICIAL EFICAZ DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

LUANA STRAPAZZON DE ALMEIDA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão – Pr. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – 2017.¹⁰⁶

RESUMO: O presente estudo visa trazer disposições gerais acerca da arbitragem, destacando que se trata de uma técnica extrajudicial de resolução de conflitos, alternativa à via judicial, mais célere e menos formal que esta última. Este artigo tem como objetivo analisar algumas questões envolvendo a arbitragem, seu conceito, as suas formas e possibilidades de aplicação, bem como seus principais efeitos. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, considerando-se as contribuições de autores como MEDINA (2017), DONIZETTI (2017), AMORIM (2017), DIDIER (2017), GONÇALVES (2017), dentre outros, procurando-se enfatizar a importância de ser ter um método de resolução de conflitos em que as próprias partes interessadas e devidamente capazes podem, através de um acordo de vontades, entregar a solução de seus litígios, desde que pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis, a um terceiro de sua confiança. Concluiu-se pela relevância da arbitragem, uma vez que se trata de método capaz de ampliar o acesso à justiça, ao estabelecer uma técnica de resolução de conflitos mais rápida e menos formal do que àquela aplicada pelo Poder Judiciário e que, inclusive, por tal razão, além de priorizar a vontade dos envolvidos, colabora de forma significativa na redução da carga de trabalho do asoberbado Poder Judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem. Conflito. Consensual. Extrajudicial.

Introdução

As formas extrajudiciais de resolução de conflitos sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico brasileiro, havendo disposições esparsas acerca delas no Código Penal, Código Civil, Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil de 1.973, Lei de Arbitragem, Lei dos Juizados Especiais, dentre outros. Contudo, com o Código de Processo Civil de 2015, tais métodos de resolução de conflitos, que estavam disciplinados

¹⁰⁶ Assistente de Juiz de Direito do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública na Comarca de Francisco Beltrão – Pr (2015-2016). Atualmente e desde o mês de fevereiro de 2016, atua como Oficial de Promotoria do Ministério Público do Estado do Paraná, na Comarca de Francisco Beltrão – Pr. E-mail: luanastrapazzon@hotmail.com

de modo genérico e esparso, ganharam especial relevância, passando a ser especificamente regulamentados.

Neste contexto, dentre as formas extrajudiciais de resolução de conflitos trazidas pelo atual código processualista civil, o presente trabalho destina-se a tratar da arbitragem como método alternativo à via judicial.

Dentro desta perspectiva, pretende-se trazer alguns aspectos gerais acerca da arbitragem, como seu conceito, natureza jurídica, formas de aplicação e efeitos, demonstrando que se trata de um procedimento mais célere e menos formal do que o judicial, bem como uma forma que garante maior acesso e promoção de justiça àqueles que possuem conflitos de interesses.

Isto porque, embora Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII disponha que “a todos, tanto em âmbito administrativo quanto judicial, é assegurada a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988), é cediço que se trata de uma realidade diversa daquilo que efetivamente ocorre com o processo judicial no Brasil, em razão do asoberbamento do Poder Judiciário, tendo como causa o excesso de processos. *“Se vive num tempo marcado por uma cultura exacerbada de litigância, onde o elevado número de processos judiciais, aliado à morosidade do sistema, tem abarrotado os tribunais”*. (MARQUES, 2016).

Assim, a arbitragem, método heterocompositivo de solução de conflitos, caracterizado pela autonomia da vontade, através da qual os interessados, de comum acordo, escolhem um terceiro para decidir e solucionar seus conflitos, mostra-se como um meio simples, flexível, célere e eficiente de dirimir controvérsias, de modo a garantir a todos o acesso à justiça, que atualmente se encontra impactado pela morosidade da via judicial.

Desenvolvimento

Forma antiga de resolução de conflitos, a arbitragem pautava-se, nos tempos primórdios, na vontade das partes de submeterem a decisão acerca de seus conflitos a algum sujeito, que de algum modo, exercia influência sobre elas, como o ancião ou o líder religioso da comunidade. (NEVES, 2017, p.77).

Regulamentada no Brasil pela Lei nº 9.307/1996 e pelos artigos, 3, §1º, 42, 237, inciso IV, todos do atual Código de Processo Civil, dentre outras disposições esparsas deste último, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, já que ainda se pauta no acordo de vontades dos envolvidos e na escolha de um terceiro de sua confiança para dirimir seus conflitos. Contudo, sofreu modificações significantes com a edição da Lei nº 13.129/2015, a qual autorizou a utilização da arbitragem também pela

administração pública direta e indireta, bem como regulamentou as questões envolvendo as tutelas de urgência no procedimento arbitral. (GONÇALVES, 2017, p.813).

Anteriormente à edição da Lei nº 9.307/1996, embora a arbitragem já existisse no Brasil, era pouco difundida e utilizada, em razão da sua pouca praticidade, principalmente porque a sentença dela decorrente dependia de homologação judicial, para que, só então, pudesse ser usada como título executivo extrajudicial. (GONÇALVES, 2017, p.813).

Atualmente, devido às transformações operadas Lei nº 9.307/1996, tornou-se dispensável a homologação da sentença arbitral por Juiz de Direito, constituindo-se, ainda, diretamente, como título executivo judicial. (GONÇALVES, 2017, p.813).

Assim, a arbitragem trata-se de uma técnica heterocompositiva de solução de conflitos, através da qual as partes interessadas e capazes elegem uma terceira pessoa, a sua escolha e de sua confiança, para auxiliarem-nas na solução amigável e imparcial de seus conflitos, relativos a direitos disponíveis.

A arbitragem consiste no julgamento do litígio por terceiro imparcial, escolhido pelas partes. É tal qual a jurisdição, espécie de heterocomposição de conflitos, que se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo jurisdicional. (DONIZETTI, 2017, p.172).

Tem-se que a arbitragem pressupõe pessoas capazes e só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Gonçalves (2017, p.814) leciona que o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996 ao trazer tal disposição, acaba por estabelecer limitações de ordens subjetiva e objetiva. Subjetiva porquanto afasta a possibilidade de utilizar-se da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo interesses de incapazes e objetiva, uma vez que impede que direitos não patrimoniais ou indisponíveis sejam convencionados pela arbitragem.

A terceira pessoa de comum acordo escolhida pelas partes, o chamado árbitro, também deve ser pessoa capaz e natural e enquanto desempenha suas funções, se equipara a funcionário público para fins penais. (DONIZETTI, 2017, p.173).

O árbitro (ou o tribunal arbitral, no caso de constituir-se um colegiado), observado um procedimento que se desenvolve em contraditório (art. 21, § 2º, da Lei no 9.307/1996), proferirá decisão, a qual recebe da lei de regência a denominação sentença arbitral (art. 23 da Lei nº 9.307/1996). (CÂMARA, 2017, p.288).

Outrossim, deve-se ponderar, que embora a arbitragem exclua do Poder Judiciário o julgamento de um conflito, já que será submetido à decisão do árbitro, como mencionado, não se trata de técnica inconstitucional, como discutia-se nos primórdios da

implantação da Lei nº 9.307/1996 no Brasil, uma vez que não há qualquer obrigatoriedade em seu uso, sendo de livre vontade das partes envolvidas.

Tem-se que “não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis”. (DIDIER, 2017, p.192).

Deve-se observar, contudo, que o Juízo arbitral não substitui integralmente a atividade jurisdicional do Estado, uma vez que a própria execução da sentença arbitral e as próprias medidas de urgência, ainda são dependentes do Poder Judiciário.

O monopólio estatal, assim, recai sobre a tutela coativa dos direitos. As medidas de urgência (cautelares, p.ex.) serão conhecidas pelo árbitro quanto à sua pertinência, contudo, executadas pelo juiz estatal, a este requeridas pelo árbitro através do que o CPC/2015 denomina de carta arbitral (arts. 189, IV e 260, § 3.º do CPC/2015; art. 22-C da Lei 9.307/1996, inserido pela Lei 13.129/2015). (MEDINA, 2017, p.58).

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, a doutrina majoritária entende que se trata de equivalente jurisdicional.

O já mencionado art. 3º, §1º do Novo CPC parece ter consagrado o entendimento de que a arbitragem não é jurisdição, porque, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, salvo a arbitragem, fica claro que essa forma de solução de conflitos não é jurisdicional. E no mesmo sentido vai o art.42 do Novo CPC ao prever que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir o Juízo arbitral, na forma da lei. (NEVES, 2017, p.78).

Contudo, parte importante da doutrina defende que possui natureza jurisdicional. Neves (2017, p.78) discorre que aqueles que possuem esse segundo posicionamento, fundamentam-no no fato de que a submissão do conflito à arbitragem gera uma sentença arbitral, que independe de homologação de Juiz de Direito e que faz coisa julgada material, impossibilitando o Poder Judiciário de reavaliar o seu conteúdo, situação que justifica sua natureza jurisdicional.

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que

se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada). (DIDIER, 2017, p.194).

Não mais se controverte, hoje, sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. O art. 515, VII, do CPC/2015 (correspondente ao art. 475-N, IV, do CPC/1973) estabelece que a sentença arbitral é título executivo judicial. Na jurisprudência, reitera-se a orientação no sentido de que "a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional. (MEDINA, 2017, p.58).

Outrossim, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 9.307/1996, tem-se que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao Juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL, 1996).

Neste contexto, a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico enseja a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, observando-se, contudo, que consoante disposição do artigo 337, §º5 do mesmo dispositivo legal, não pode ser reconhecida de ofício pelo julgador.

Através da cláusula compromissória, que deve ser escrita e se dá por meio de contrato "convencionam as partes que as demandas decorrentes de determinado negócio jurídico serão resolvidas pelo Juízo arbitral. Trata-se de deliberação prévia e abstrata, anterior ao litígio". (DONIZETTI, 2017, p.172).

Cláusula compromissória é o pacto pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir, relativamente a determinado contrato. É uma convenção pela qual as partes prometem, reciprocamente, submeter à arbitragem eventuais conflitos que possam surgir a respeito de determinado contrato. (GONÇALVES, 2017, p.816).

Noutro modo, o compromisso arbitral se dá depois que o litígio já está estabelecido e pode ser judicial ou extrajudicial. As partes optam por submeter tal litígio à apreciação do Juízo arbitral, como forma alternativa ao Judiciário.

Já o compromisso arbitral é o acordo de vontades posterior ao litígio, para submetê-lo ao juízo arbitral. O compromisso arbitral pode existir

com ou sem a cláusula compromissória e pode ser celebrado antes ou mesmo no curso da demanda judicial. (DONIZETTI, 2017, p.172).

A sentença arbitral, meio pelo qual o árbitro externaliza a sua decisão, nos termos dos artigos 31 a 33, da Lei nº 9.307/1996, trata-se de título executivo judicial e independe de homologação judicial, produzindo efeitos imediatamente, estes que são os mesmos produzidos pela sentença judicial, inclusive quanto à coisa julgada material. O controle judicial se dá unicamente em relação à validade da sentença arbitral e a seus aspectos formais, mas não quanto ao mérito.

Também, deve-se mencionar, que a execução da sentença arbitral somente poderá ser promovida perante a justiça estatal e, eventualmente, quando há necessidade de concessão de tutelas de urgência e demora na formalização do compromisso arbitral, o pedido poderá ser feito judicialmente. (DONIZETTI, 2017, p.174).

Impende destacar, neste aspecto, que os pedidos de cooperação entre o Juízo arbitral e o Juízo estatal se dão através da carta arbitral, instrumento este trazido como novidade pelo atual Código de Processo Civil, em seu artigo 237.

Desta forma, passados alguns aspectos gerais acerca da arbitragem, a fim de que se pudesse compreender como se dá o seu procedimento, observa-se que ela, extrajudicialmente, possibilita às partes envolvidas, de comum acordo, elegerem um terceiro para dirimir seus conflitos, funcionando como método alternativo à via judicial e como técnica eficiente para harmonização social, de forma a melhorar, inclusive, a prestação jurisdicional, já que evita que novos processos sejam interpostos perante o asoberbado Poder Judiciário.

A arbitragem aparece como forma alternativa de solução de conflitos de interesses, que prescinde da intervenção do Judiciário. Disso podem advir algumas vantagens. Por exemplo:

-é notória a sobrecarga de processos nos juízos e tribunais e a multiplicidade de recursos que podem retardar o seu desfecho. A arbitragem poderá ter a vantagem de dar uma solução mais rápida às controvérsias;

- às vezes, a questão controvertida é de natureza muito específica e exige um conhecimento técnico particular. As partes podem atribuir a solução a árbitros dotados dos conhecimentos exigidos. A questão seria dirimida pelo juiz, se submetida ao Judiciário, mas ele

eventualmente teria de valer-se de peritos, que encareceriam ou retardariam a solução. (GONÇALVES, 2017, p.814).

Assim, a arbitragem ganhou especial relevância com a edição da Lei nº 9.307/1996 e com novas disposições acerca dela trazidas pelo atual Código de Processo Civil em razão de propiciar a ampliação do acesso à justiça, de garantir a aplicação da autonomia da vontade e de colaborar significativamente na redução das demandas judiciais.

Conclusão

É cediço que o conflito é inerente a toda relação social, fazendo parte do cotidiano das pessoas. Contudo, deve-se ter em conta, que a solução do conflito deve ser pautada em um sentimento de satisfação a todos os envolvidos, a fim de que a partir dos conflitos possam ser as relações sociais aperfeiçoadas.

Neste contexto, tem-se a arbitragem, em que os próprios interessados, de comum acordo, buscam a sua pacificação, escolhendo uma pessoa de sua confiança para auxiliá-los a solucionar os problemas em comum, buscando de forma participativa, harmoniosa e respeitosa, uma solução que seja da melhor forma satisfatória a todos.

Assim, busca a arbitragem, enquanto forma extrajudicial de resolução de conflitos, promover a harmonia entre os envolvidos a longo prazo, bem como a diminuição do desgaste demasiado emocional e financeiro inerente ao processo judicial.

Ademais, neste aspecto, deve-se destacar, como já mencionado, que além de tal método beneficiar a todos os interessados, já que pautado na autonomia de suas vontades, colabora significativamente na redução da quantidade de processos judiciais em trâmite, desafogando o acúmulo do trabalho dos Tribunais.

Diante disto, levando em conta a redução significativa de processos judiciais em trâmite, bem como a satisfação plena dos interessados, já que irão se ajustar à solução dada pela pessoa a quem confiaram a resolução de seus conflitos, trata-se de um método adequado, eficiente e célere de solução de uma relação social litigiosa.

Assim, buscou-se com este trabalho, demonstrar o benefício da utilização da arbitragem como forma extrajudicial de resolução de conflitos, de modo a incentivar a sua aplicação, destacando que se trata de uma maneira mais participativa de se alcançar a satisfação dos interesses de todos os envolvidos (pacificação social), bem como um modo bastante significativo de colaborar no desafogamento do Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de out. de 2023.

BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 09 de out. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de processo civil. Diário Oficial da União, Brasília, 13 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 de out. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.129/2015. Altera a Lei nº 9.307/1996. Diário Oficial da União, Brasília, 27 mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 09 de out. de 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.288.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. 1 v. p.192-197.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.171-175 e 219-220.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito Processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.813-823.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p.136-140.

MARQUES, ANTÔNIO GABRIEL. *Arbitragem, conciliação e mediação: métodos extrajudiciais efetivos de resolução de conflitos*. Disponível em: <https://marq4.jusbrasil.com.br/artigos/363749107/arbitragem-conciliacao-e-mediacao-metodos-extrajudiciais-efetivos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 09 de out. de 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.58-62 e 419-421.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.77.

ALÉM DO DIREITO: A MARGEM DE LIBERDADE DOS BUROCRATAS DE NÍVEL DE RUA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRUNO DA SILVA AMORIM:
Acadêmico de Direito e Gestão
Pública¹⁰⁷

VITÓRIA MEDEIROS DIAS¹⁰⁸

(coautora)

RESUMO: Este artigo examina a discricionariedade dos burocratas de nível de rua na implementação de políticas públicas. Os burocratas de nível de rua, como professores e profissionais da saúde, desempenham um papel vital na prestação de serviços públicos, frequentemente tomando decisões complexas em situações imprevisíveis. Para o presente artigo, foi utilizada uma metodologia de estudo com base na produção bibliográfica de LOTTA (2019), onde o estudo se caracteriza por um exercício de representação de caso prático, a respeito da discricionariedade e a sua aplicação por esses indivíduos. A pesquisa tem como o objetivo principal de explorar os desafios da discricionariedade na tomada de decisão pelos burocratas de nível de rua, verificando os aspectos inerentes ao seu controle, em especial, por meio do *trade-off*.

Palavras-chave: *discricionariedade; burocratas; decisão; políticas; públicas.*

ABSTRACT: This article examines the discretion of street-level bureaucrats in implementing public policy. Street-level bureaucrats, such as teachers and health professionals, play a vital role in delivering public services, often making complex decisions in unpredictable situations. For the present article, a study methodology was used based on the bibliographical production of LOTTA (2019), where the study is characterized by a practical case representation exercise, regarding the discretion and its application by these individuals. The main objective of the research is to explore the challenges of discretion in decision-making by street-level bureaucrats, verifying the aspects inherent to their control, in particular, through the trade-off.

Keywords: *discretion; bureaucrats; decision; policies; public.*

1. INTRODUÇÃO

107 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7708318449662180>.

E-mail: brunoamorimdireito@gmail.com

108 Acadêmica de Gestão Pública. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9609122008067231>

A burocracia de nível de rua é considerada como um dos principais aspectos nos estudos de implementação de políticas públicas. Os burocratas interagem com os diversos usuários e fornecem serviços nas mais variadas condições. Para LOTTA (2019), são responsáveis pelas interações cotidianas do Estado com usuários e realizam a entrega de serviços. De modo a exemplificar esses burocratas temos: policiais e professores.

Os burocratas de nível de rua exercem uma importante função na sociedade, que se destaca muito mais do que propriamente a implementação de políticas públicas, mas sim acerca da responsabilidade que emerge em suas ações práticas, a partir da margem da liberdade na tomada de decisão. A partir disso, apresenta-se como problema de pesquisa: "A discricionariedade dos burocratas de nível de rua, que influencia a implementação de políticas públicas, deve ser limitada ou ampliada? ".

A pesquisa tem como o objetivo principal de explorar os desafios da discricionariedade na tomada de decisão pelos burocratas de nível de rua, verificando os aspectos inerentes ao seu controle, em especial, por meio do *trade-off*. Apresenta-se como objetivos específicos, avaliar o impacto das decisões dos burocratas de nível de rua sobre a atividade pública, e propor uma resposta ao dilema de limitar ou estimular a discricionariedade nestes agentes.

2.A DISCRICIONARIEDADE E A SUA RELAÇÃO COM OS BUROCRATAS DE NÍVEL DE RUA

Os burocratas de nível de rua são os indivíduos responsáveis por efetivar a implementação das políticas públicas, ou seja, os burocratas exercem a entrega dos serviços à comunidade, além disso, há possibilidade de influência de fatores externos à vontade desses agentes. Por esses motivos, a discricionariedade é essencial para a flexibilidade na tomada de decisão frente aos diversos casos concretos e as situações não previstas na hora de formular e implementar as políticas públicas.

Esses burocratas são, na maioria das vezes, os agentes que sentem junto com atores sociais, os primeiros efeitos da implementação das políticas. Segundo LOTTA (2019, p.23):

Os burocratas de nível de rua têm como papel transformar políticas abrangentes (muitas vezes ambíguas e contraditórias) em ações práticas dentro de contextos com situações imprevisíveis e recursos escassos. Ou seja, é um trabalho altamente criativo, imprevisível e potencialmente incontrolável. E eles fazem tudo isso exercendo o que a literatura denomina de discricionariedade, que é a margem de liberdade para tomada de decisão que os burocratas de nível de rua possuem e da qual trataremos mais adiante.

Desta forma, depreende-se que a discricionariedade é um modelo de conduta disponível aos burocratas de nível de rua para enfrentar e controlar as decisões das mais variadas complexidades. É importante mencionar que, essa margem de atuação do burocrata não é absoluta e segura de influências externas, pois o próprio sistema político, os usuários e até mesmo as ideologias de cada burocrata, influenciam em como a tomada de decisão irá atingir as políticas públicas.

3.A DISCRICIONARIEDADE NA PRÁTICA

A autora, Gabriela Lotta, explora um caso prático que demanda compreensão frente aos dilemas enfrentados pelos burocratas de nível de rua no dia a dia. No caso em tese, uma agente de saúde comunitária, que não estava em expediente, é chamada pelos seus vizinhos para atender um caso de tentativa de suicídio, de um homem que morava próximo de sua casa. A agente de saúde realiza prontamente os primeiros auxílios que eram disponíveis no presente momento, e solicita uma ambulância, além de manter contato com a família do homem, informando o decorrer da situação.

Neste caso, temos um exemplo prático de discricionariedade onde a agente de saúde teve que lidar com uma situação extraordinária, que não possuía qualquer diretriz ou um procedimento padronizado a ser seguido. A tomada de decisão, com previsão normativa, é colocada de lado por uma decisão ética e legítima, pensada de forma imediata em relação aos riscos que se apresentavam no caso concreto.

Desta forma, tem-se que nesta situação, a discricionariedade da agente de saúde permitiu que ela, de forma responsável e legítima, salvasse a vida do homem. Uma situação atípica, peculiar e que, de certa maneira, incrementará a implementação de políticas públicas frente a atuação desses profissionais que sentem os efeitos da produção dessas políticas.

Diante do caso apresentado, notamos a presença do *trade-off* com o surgimento de uma situação extraordinária, sem protocolos pré-determinados com uma necessária tomada de decisão, fora dos seus limites profissionais, de maneira ágil e eficaz. Diante disso, é inerente abordar a conceituação do termo, que segundo MACÊDO et al. (2020):

Trade-off é uma terminologia da língua inglesa que retrata uma situação em que há conflito de escolhas. A partir do trade-off, a tomada de decisão exige um contraponto entre os custos e as vantagens das possibilidades de ação. Isto posto, para que ocorra uma situação de trade-off, aquele que realiza a escolha, necessita conhecer os prós e contras das oportunidades e, com base nisso, abdica de um caminho "x" no presente, em prol de um retorno maior no futuro.

Desta forma, encontramos o dilema entre seguir as orientações previamente estipuladas da profissão de agente de saúde, onde é garantida proteção legal para sua profissão no devido horário de trabalho, ou decidir através de um impulso rápido, tomar medidas extraordinárias para enfrentar o caso aparente.

4. A LIMITAÇÃO OU AMPLIAÇÃO DA MARGEM DE ATUAÇÃO DO BUROCRATA

Retornamos ao nosso problema de pesquisa: “A discricionariedade dos burocratas de nível de rua, que influencia a implementação de políticas públicas, deve ser limitada ou ampliada? “. É neste momento em que as diferentes perspectivas são colocadas à prova, ou seja, é essencial restringir a atuação dos burocratas, frente aos casos em que não estejam com o controle total da situação? Ou é necessário que essa margem da tomada de decisão seja ampliada, pois nem tudo pode ser controlado e previsto?.

A resposta de que, apesar da limitação da atuação dos profissionais possa reduzir erros que gerem consequências graves, é necessário ter em mente que partimos de um pressuposto, de que no caso em questão, o profissional tenha capacitação referente àquilo que está optando por intervir. Por esse viés, o mínimo de conhecimento prévio e uma margem de orientação, são fundamentais para que o resultado positivo venha a acontecer.

Além disso, o prévio conhecimento, alinhado com os princípios norteadores da Administração Pública, fazem com que o burocrata tome uma decisão congruente com a sua profissão e moralmente correta, mesmo que não estivesse de fato, naquele momento, em atuação. É essencial que o burocrata tenha a mínima ideia de controle para aquela circunstância e consiga prever a finalidade de sua atuação de maneira exitosa. De acordo com DI PIETRO (2012, p.178):

O constituinte brasileiro inseriu a moralidade como requisito de validade da atuação administrativa (Art. 37, CF). Sendo também a moralidade um conceito de difícil determinação é preciso observar que a moralidade também se expressa pelo meio de atuação que o agente público utiliza para atingir as suas finalidades.

Porém, é essencial que o agente tenha em mente de que a sua discricionariedade em sua tomada de decisão, naquele momento extraordinário, caso não consiga ser bem-sucedida, afetará a sua legitimidade, tão quanto a sua capacidade de adaptação em momentos onde não há procedimentos pré-estabelecidos.

5. CONCLUSÃO

A partir da exposição dos fundamentos e da discussão a respeito dos fatores que incidem sobre o elemento da discricionariedade, é inerente reiterar que o dilema entre a limitação e a ampliação da margem de atuação dos burocratas de nível de rua, depende de diversos fatores imprescindíveis para a atuação daquele burocrata.

Dentre eles, destaca-se o mínimo de conhecimento prévio, e tão quanto, a sua capacidade em lidar com a situação frente ao serviço esperado, de excelência pelo usuário, que se mantém tanto em situações normais como extraordinárias.

Por fim, o problema de pesquisa pode ser considerado como alcançado, mas não limitado às fundamentações aqui expostas. Já que, a discricionariedade é vista e revista em cada caso concreto, diante da possível flexibilidade do burocrata em seguir por uma decisão que não é prevista em sua formação, desta forma, tornando a implementação de políticas públicas capazes de serem cada vez mais previsíveis aos casos extraordinários.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3^aed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LOTTA, Gabriela. A política pública como ela é: contribuições dos estudos sobre implementação para a análise de políticas públicas. **Escola Nacional de Administração Pública**. Brasília, n.1., p. 11-38, 2019.

MACÊDO, Francisca, et al. Trade-Offs Do Governo Brasileiro No Enfrentamento Da Pandemia de Covid-19: Inferências Atuais E Pospositivas Nas Legislações Orçamentária, de Compras E Fiscal. **XX USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING**, Julho, 2020.

VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS. A INCONCEBÍVEL NORMALIZAÇÃO (ACEITAÇÃO) DESSA PRÁTICA CRIMINOSA EM PREJUÍZO DA FAUNA BRASILEIRA.

ALEXANDRE BARROS DA FONSECA:
Delegado de Polícia Civil no Estado de Pernambuco.¹⁰⁹

Resumo: No decorrer da minha atividade profissional como operador do direito, percebi que o combate dos tipos penais previstos na Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), não é tarefa fácil, posto que parte da população, não entende a prática de maus tratos aos animais como criminosa e a postura dos poderes públicos é omissa no tocante ao seu poder de polícia fiscalizatório, visto que o enfrentamento requer o engajamento (interesse) para o combate dessa modalidade delitiva.

Palavras-chave: Maus tratos aos animais, poder público ausente, normalização da sociedade.

Introdução

A Lei 9.605/98, traz em seu ideal a vontade do legislador de proteção ao meio ambiente, trazendo normas não incriminadoras e tipos penais a partir do artigo 29. Como corolário de um Estado Democrático de Direito, onde todas as vidas devem ser protegidas e defendidas, inclusive aquelas não humanas (dos animais), deveria ser uma concepção geral da sociedade, contudo, não temos ainda, essa maturidade da população, sobretudo em regiões do Brasil, onde a cultura local, não vai ao anseio da lei ambiental (salva guarda) do meio ambiente (fauna e flora).

Como é consabido, o meio ambiente é formado pela fauna, flora, ordenamento urbano e patrimônio cultural (material e imaterial), e afins. A palavra meio ambiente aparece 18 (dezoito) vezes no texto constitucional, e conta com um capítulo próprio a partir do artigo 225 e seguintes da Carta Magna.

É de se notar a importância que o nosso legislador (infra e constitucional), atribuiu ao meio ambiente. Nosso país, conta com uma farta legislação a nível federal, estadual e municipal, tratando sobre a temática (defesa e proteção do nosso patrimônio ambiental). Contudo ainda precisamos evoluir e respeitar o espaço da natureza, não invadindo (desmatando) a flora de forma indiscriminada, com o falso escudo de uma necessidade de

109 E-mail: alexandrebarros2013@hotmail.com

ampliação da safra de grãos ou para aumento da área de pasto para os pecuaristas auferirem maiores lucros com a venda de gado para abate/corte.

Desenvolvimento

A criação e engorda desses animais, também fazem parte do direito ambiental. Vejo com muita frequência, criadores alimentando suínos (aprisionados), com lixo podre, não raro acontecer desses animais, diante da inadequação do seu manejo, comerem as próprias fezes, visto a inexistência de uma alimentação regular, e como estão presos, ficam ao relento e do arrepio da lei, ante o comportamento abusivo e criminoso do seu criador.

Mesmo ciente dessas condições de extrema ilegalidade, comerciantes proprietários de pequenos supermercados ou mercearias, aceitam comprar esses animais, para posteriormente colocarem em seus empreendimentos para venda e consumo humano, com vistas a uma carne mais barata e com maior margem de lucro. A população deve estar atenta e não aceitar mercadoria de origem ilegal, pois ao Poder Público e à coletividade cabe o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, nas trilhas do artigo 225 da CF/88.

Não menos importante é a violência contra os animais (domésticos e não domésticos). Tenho percebido certos agricultores, entenderem como normal o abate de animais (bovinos, caprinos, ovinos, suínos, aves, etc), sem o mínimo de respeito a dignidade do animal. Inclusive com técnicas de abate ultrapassadas e dolorosas para o animal, que muitas das vezes ficam agonizando até a morte chegar.

Nesse tocante, a força de um Poder Público - atuante é essencial, com servidores públicos engajados nesse viés e motivados a combater essa modalidade de abate ultrapassada (sem nenhum tipo de licenciamento ou respeito a legislação sanitária), e sem observar as atuais normas que prevê um abate humanitário e com olhar no bem estar do animal¹¹⁰.

Particularmente, já me deparei com diversos casos de abate clandestino de animais, onde o poder público municipal (prefeitura), era conivente e por conseguinte gerando carne imprópria para consumo humano (abate sem condições mínimas de higiene), em praças públicas ou as escondidas (abatedouros clandestinos), onde a refrigeração e acondicionamento da carne inexistiam nesses ambientes insalubres, ficando

¹¹⁰Em São Paulo existe a Instrução Normativa SDA – 3, de 17/01/2000, onde prevê o Regulamento Técnico de Métodos de Insensibilização Para o Abate Humanitário de Animais de Açougue. No plano federal, existe o Projeto de Lei N.º 49, DE 2019 (Do Sr. Fred Costa) Dispondo sobre o abate humanitário de animais em todo o território nacional e dá outras providências.

expostas a temperaturas elevadíssimas, deixando a proteína (carne), em estado de mau cheiro, decompondo, suja e depositando larvas de moscas varejeiras.

O surpreendente é que existem pessoas para argumentar (defender) essa prática de abate e de venda inadequada. Em relação ao abate, a alegação é que a observância da lei (abate humanitário e com técnicas indolores para os animais), é inaplicável ao pequeno produtor, por questões econômicas, devido sua impossibilidade de comprar os maquinários adequados e regulamentados para essa finalidade. Contudo esse mesmo “pequeno” produtor, não se prontifica a delegar o abate desses animais para empresas especializadas, preferindo usar martelos, enxadas, machados, foices e facas peixeiras para “assassinar” os animais, como ocorria no período medieval.

No tocante a venda da carne, infelizmente parcela grande da população aceita comprar esse tipo de produto (carne) em condições inadequadas para o consumo, devido estar habituado com aquela rotina (comprar fora do açougue/mercado), ou por não existe no comércio local, outras opções de melhor qualidade, se submetendo a ingerir um produto de duvidosa qualidade.

Por fim, caminho ao encontro do artigo 32 da Lei 9.605/98, que prevê a tipificação de maus tratos aos animais, e recentemente em seu parágrafo primeiro (A), foi sancionada pelo Presidente da República um aumento de pena, para quem incorrer em violência contra cães e gatos. Nesse caso a pena abstrata máxima subiu para 05 (cinco) anos de reclusão, onde o indivíduo é encaminhado direto para a audiência de custódia, incabível em sede de Delegacia de Polícia o arbitramento de fiança em favor do autuado em flagrante delito, por incorrer na infração do Art. 32 § 1º-A da Lei 9.605/98¹¹¹.

Importante destacar a criação de Delegacias de Polícia Especializadas, com foco no combate aos crimes ambientais. Diversos Estados da federação, trazem em suas estruturas orgânicas repartições públicas policiais, com servidores públicos dedicados ao combate dos delitos ambientais.

Ainda no âmbito policial o registro de ocorrências criminais ambientais, é pequeno (estatisticamente falando), se comparado com o universo de outras infrações penais registradas (Maria da Penha, Tráfico de Drogas, Crimes Patrimoniais, etc), e não é por

¹¹¹Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

inexistir o cometimento do crime ambiental, e sim pela cultura de preterição no enfrentamento desses delitos.

A maior parte do registro criminal não ocorre com a lavratura do boletim de ocorrência, entrando no campo das cifras negras (quando as autoridades públicas não são informadas do cometimento de um delito), pois a própria população é inerte nesse particular (deixa de fazer o BO).

Conclusão

Diante do exposto, é salutar uma maior participação da sociedade e do poder público para o cumprimento dos ditames legais no que concerne o respeito as normas de direito ambiental. Costumes locais não devem contrapor a vontade do legislador, pois o respeito ao meio ambiente é matéria de ordem pública, sendo descabido qualquer vontade em contrário por parte do particular. Inclusive os crimes de direito ambiental previstos na Lei 9.605/98, são de ação penal pública incondicionada.

A sociedade deve encarar os animais como sujeitos dotados de direitos, não raros os casos em dissolução da sociedade conjugal, onde fica estabelecido judicialmente a guarda compartilhada de animais domésticos (cães e gatos) e em um caso mais avançado, o Estado do Paraná reconheceu o direito de dois cachorros (vítimas de maus tratos), como sendo autores de uma ação judicial. O embate doutrinário se estende para outros ramos do direito, como dito, o direito civil, onde a moderna corrente doutrinária¹¹² apregoa que os animais não são objetos (passíveis de apropriação pelo homem), e sim detentores de direito e proteção jurídica, na medida em que são encarados como seres sencientes (seres dotados de natureza biológica e emocional, passíveis de sofrimento).

Referências:

Lei 9.605/98

Constituição da República Federativa do Brasil,

Instrução Normativa SDA – 3, de 17/01/2000.

Lei 14.064/2020.

Código Civil.

¹¹² STOLZE, Pablo Gagliano – Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral



UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

DEPARTAMENTO DE POSGRADO

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DE DOCTORADO

**ACCESO A LA JUSTICIA: LA CARGA ECONÓMICA DEL PROCESO. PROPUESTAS Y
SOLUCIONES**

MARIA JOSÉ CARVALHO DE SOUSA MILHOMEM:

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Pos Doutora pela Univesidade de Salamanca - Espanha. Graduada em Formação de Docentes de Ensino em Sociologia pela Universidade Estadual do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Ceuma. Especialista em Direito Civil e Processual Civil e em Direito Eleitoral pela UFMA e Direito Tributário pela FGV. Advogada. Professora da Universidade Ceuma. Ex- Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB, Seccional São Luis - MA por 06 anos 113.

Orientador: Prof. Dr. **RODRIGUEZ SAIACH**

BUENOS AIRES - 2016

113 Tesis presentada en el Doctorado, como exigencia parcial para la obtención del título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales del programa de Posgrado de la Universidad del Museo Social Argentino.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo o estudo do acesso à Justiça como princípio fundamental de garantia do cidadão ao Poder Judiciário, mesmo quando incapaz de suportar os ônus das despesas processuais, nos termos da legislação brasileira vigente, analisando a justiça gratuita e a assistência judiciária gratuita, correlacionando-a, ainda, ao sistema argentino sobre os benefícios de litigar sem gastos. Primeiramente, apresentam-se elementos históricos e sociológicos para se apresentar um conceito evolutivo da Justiça gratuita como um dos corolários do acesso à Justiça, conforme consolida o sistema brasileiro e argentino, através das dirimentes basilares da Constituição da República, da legislação infraconstitucional, pontuando, ademais, os métodos de pesquisa, as hipóteses e premissas metodológicas. Cumpre-se, por dialogar com o tema, tratando o acesso à Justiça como direito fundamental, ornando a temática elencando dificuldades na execução do benefício tanto na justiça brasileira quanto na Argentina.

Palavras chave: Acesso à Justiça. Custas Processuais. Justiça Gratuita. Assistência Judiciária Gratuita. Benefício de litigar sem gastos.

RESUMEN

Esta tesis tiene por objeto el estudio del acceso a la Justicia como principio fundamental de garantía del ciudadano acceder al Poder Judicial, aun cuando sea incapaz de soportar la cargas procesales, según la ley brasileña actual, analizando la justicia gratuita y la asistencia judicial gratuita, correlacionándola, incluso, al sistema argentino sobre los beneficios de litigar sin gastos.

En primer lugar, se muestran elementos históricos y sociológicos para presentar un concepto evolutivo de Justicia gratuita como uno de los corolarios de acceso a la Justicia, como consolida el sistema brasileño y argentino, a través de los impedimentos básicos de la Constitución de la República, de la legislación infraconstitucional, puntuando, además, los métodos de investigación, las hipótesis y supuestos metodológicos.

Corresponde, para debatir sobre el tema, tratar el acceso a la Justicia como un derecho fundamental, enumerando las dificultades en la ejecución del beneficio tanto en la justicia brasileña como en la argentina.

Palabras clave: Acceso a la Justicia. Costas procesales. Justicia gratuita. Asistencia judicial gratuita. Beneficio de litigar sin gastos.

ABSTRACT

This thesis aims to study the access to justice as a fundamental principle of ensuring citizens' access to the Judiciary, even if they are unable to bear the procedural burdens, under current Brazilian law, analyzing legal aid and free legal aid, and correlating them to the Argentine system regarding the benefits of litigating without costs.

At the beginning, historical and sociological elements are shown to present an evolutionary concept of free Justice as one of the corollaries of access to Justice, according to the Brazilian and Argentine systems, through the basic impediments to the Constitution of the Republic, the infra-constitutional legislation, also punctuating research methods, hypotheses and methodological assumptions.

Then, it will be necessary to discuss the issue, trying the access to justice as a fundamental right, enumerating the difficulties of applying for the benefit both in Brazilian and in Argentina justice.

Keywords: Access to Justice. Procedural Costs. Free Justice. Free legal assistance. Benefit of litigation without costs.

LISTA DE SIGLAS

ADI:	Acción Directa de Inconstitucionalidad
AR:	Aviso de Recibimiento
ART:	Artículo
CDC:	Código de Defensa del Consumidor
CEJESC:	Centros Judiciales de Solución de Conflictos
CNJ:	Consejo Nacional de Justicia
CPC:	Código de Procedimiento Civil
DNA:	Ácido Desoxirribonucleico
FERJ:	Fondo de Reequipamiento del Poder Judicial
NCPC:	Nuevo Código de Procedimiento Civil
JTRJ:	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
JTSP:	Tribunal de Justicia de San Pablo
OAB:	Asociación de Abogados del Brasil
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
STF:	Supremo Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justicia
TRF:	Tribunal Regional Federal

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Presentación del tema y justificación. 1.2. Hipótesis y premisas metodológicas. 1.3. Propuesta metodológica. 1.3.1. Supuestos metodológicos. 1.3.2. Presupuestos conceptuales. 1.3.3. Procedimientos metodológicos. 2. EL DERECHO DE ACCIONAR EL ACCESO A LA JUSTICIA. 2.1. La acción como base o nacimiento de la ciencia del derecho procesal. 2.2. La división de poderes y la constitucionalización del derecho de accionar. El derecho brasileño y la legislación comparada en la Argentina. 2.3. Los pactos y tratados internacionales. El derecho brasileño y la legislación comparada, en Argentina. 2.4. El acceso irrestricto a la justicia. La garantía de igualdad y la desigualdad económica. 3. LA CARGA ECONÓMICA DEL PROCESO: EL VALOR DE LA CAUSA EXAMEN COMO PARÁMETRO PARA EL COBRO DE LAS COSTAS PROCESALES. 3.1. La cuestión de las costas judiciales en el Brasil: la importancia del valor de la causa. 3.2. Las costas judiciales y la autonomía del Poder Judicial en la administración de los recursos. 3.2.1. Costas procesales. 3.2.2. La exención de pago de las costas. 3.3. La carga económica del proceso como obstáculo para el acceso a la justicia. 3.3.1. ADI busca excluir aumento de costas judiciales. 3.4. El tema de la tasa de justicia en la legislación comparada, en la Argentina; 4. LA GRATUIDAD DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL BRASIL. 4.1. Fundamentos constitucionales y fundamentos legales; 4.2. El criterio subjetivo en la concesión de la gratuidad. 4.3. Procedimiento: momento para solicitar el beneficio. 4.3.1. Concesión o denegación del beneficio: sus efectos. 4.3.2. Impugnación: carga de la prueba, revocación del beneficio y recurso. 5. EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. 5.1. Conceptos generales. 5.1.1. Definición del beneficio. 5.1.2. El beneficio como herramienta para permitir el acceso irrestricto a la justicia. Constitución, pactos internacionales y fundamentos legales. 5.1.3. Especialidad y personalidad del beneficio. 5.1.4. El beneficio como incidente. 5.1.5. No se necesita ser pobre. 5.2. La simulación o fraude en el beneficio. 5.2.1. El actor solvente que no quiere sufragar los gastos del pleito. 5.2.2. La búsqueda de bienes y las distintas herramientas. 5.3. Legitimación activa y pasiva en el beneficio. 5.3.1. Legitimación activa: personas físicas, jurídicas, herederos y demandado. 5.3.2. Legitimación pasiva. 5.3.3. Intervención del ente recaudador. 5.3.4. Intervención del Ministerio Público Fiscal. 5.4. Proceso por el que tramita el beneficio. 5.4.1. Por incidente o por otra vía. 5.4.2. El momento de su iniciación. ¿Puede ser previo a la demanda? 5.4.3. ¿El beneficio interrumpe la prescripción? 5.4.4. El beneficio ¿suspende el trámite del proceso principal? 5.4.5. El beneficio iniciado con posterioridad a la demanda ¿tiene efectos retroactivos? 5.5. La solicitud de beneficio. 5.5.1. La petición o demanda de beneficio. Sus caracteres. 5.5.2. Prueba acompañada y ofrecida. 5.5.3. La declaración jurada. 5.6. Intervención del demandado. 5.6.1. ¿Es contradictorio el beneficio? 5.6.2. Contralor por el demandado. 5.6.2. Las pruebas que puede ofrecer el demandado y la oportunidad para ello. 5.6.3. Notificación al demandado del pedido de beneficio. 5.7. Desarrollo del proceso y sentencia. 5.7.1. Trámite del beneficio. 5.7.2. Caducidad de la instancia. 5.7.3. Producción de la

prueba.5.7.4. Sentencia. 5.7.5.¿Hace cosa juzgada la sentencia del beneficio? 5.7.6. Concesión total o parcial. 5.7.7. Rechazo del beneficio. 5.7.8. Apelación. 5.7.9. Alcances del beneficio y la mejora de fortuna. 5.7.10. Beneficio provisional. 5.8.Otros beneficios relativos a la gratuidad de acceso a la justicia. 5.8.1. Beneficio de la Justicia Gratuita al Consumidor. 5.8.2. Beneficio del trabajador. 5.8.3. Asistencia Jurídica Gratuita (Ley N° 7982, prov. de Córdoba). 5.8.4. La actuación del Ministerio Público de la Defensa. 5.8.5. La actuación del Defensor del Pueblo de la Nación. 6.CONCLUSIÓN. 6.1. Conclusiones generales y tesis sustentada. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Presentación del tema y justificación

El hombre, a través de luchas políticas y sociales, fue conquistando gradualmente sus derechos, en especial en los siglos XVIII, XIX y XX. Estos derechos fueron positivizados con la representación de un consenso ético mundial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (BOBBIO, 1988).

En este contexto, de conquista de derechos fundamentales, la primera generación de derechos fundamentales tiene su origen teórico en el movimiento iluminista e iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, con filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau y Kant. Estos filósofos defendían un Estado protector de las libertades individuales; de esta forma construyeron los elementos que dieron fundamento a las revoluciones del siglo XVIII. Las revoluciones burguesas comenzaron el proceso de positivación de los derechos humanos en las constituciones escritas del mundo occidental.

La segunda generación de derechos fundamentales surgió entre finales del siglo XIX y principios del siglo pasado, debido a las marcadas diferencias entre las clases sociales, resultado de la explotación de la fuerza de trabajo del proletariado por los industriales, de los graves problemas económicos y sociales derivados de la Revolución Industrial.

Los teóricos del socialismo concluyeron que el reconocimiento formal de los derechos no era suficiente para asegurar su disfrute y goce; ante esta constatación, pasaron a exigir del Estado una participación activa en la concreción de estos derechos. En 1917, la Constitución mexicana, y en 1919 la Constitución de Weimar consagraron, en sus textos, los derechos humanos de segunda generación que pasaron a representar una exigencia prestacional del Estado para instrumentar la Justicia Social. Así, los derechos sociales, culturales y económicos comienzan a integrar una obligación a ser proporcionada por el propio Estado; en esa condición, el Poder Público pasa a tener un papel fundamental en la realización de la justicia social.

En cuanto a los derechos fundamentales de tercera generación, surgieron después de la Segunda Guerra Mundial, emergiendo como elementos para garantizar los derechos difusos y colectivos, en particular, la protección del medio ambiente, que ya reclamaba nuevas técnicas de garantía y protección. Así, con el surgimiento de los derechos

fundamentales de la tercera generación, el derecho deja de ser un derecho individual y se convierte en derecho de las colectividades.

Cabe señalar, en este contexto, la importancia de la construcción del estado de bienestar social como condición para la consolidación de los Estados nacionales y de la propia idea de protección social. En la medida en que el *Welfare State* despertó en los individuos una búsqueda de nuevos derechos sustantivos, las sociedades modernas comenzaron a valorar el carácter colectivo al individual. Con las reformas provocadas por este movimiento, el acceso a la justicia ganó importancia (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 11).

En el Brasil, la Constitución Federal de 1988, en el art. 5º, inc. XXXV, otorga el acceso a la justicia como un principio fundamental de la República, al disponer que "la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial la lesión o amenaza a un derecho". Así, el acceso a la justicia es un derecho fundamental, que busca garantizar la inseparabilidad de la tutela judicial del Estado (BARROSO; ROSIO, 2012, p. 26).

También previsto en su constitución, el ordenamiento jurídico de la Argentina prevé un sistema significativamente diferenciado del modelo brasileño al tratar la gratuidad del acceso a la justicia, con la previsión de distintos institutos y procedimientos específicos para cada situación abarcada por los beneficios de la gratuidad.

Como base, se tiene lo expuesto por Capelletti y Garth (1988, p. 31), para quienes hay tres modelos básicos de acceso a la justicia. En sus estudios, Cappelletti y Garth utilizan la terminología "ondas" para explicar el proceso de conquista y expansión del derecho de acceso a la justicia. Se ocupan de la asistencia judicial dirigida a los pobres, los modelos de justicia gratuita y de los abogados públicos o dativos, con la protección de los intereses difusos y el denominado "enfoque de acceso a la justicia", aquí ejemplificados por la Justicia Electoral, que se presenta totalmente exenta de costas, independientemente de la capacidad económica de su jurisdicionado.

A partir de esta visión tridimensional de acceso a la justicia, es posible observar los verdaderos obstáculos para acceder a ella, como el pago de las costas judiciales como requisito de acceso, lo cual la mayoría de las veces representa un alto valor económico en el proceso y genera un impedimento de acceso efectivo a la justicia.

No obstante, como se verá en esta investigación, el acceso a la justicia se encuentra mitigado por diferentes razones, especialmente por el alto valor de las costas procesales,

elemento de obstáculo y, por consiguiente una dificultad para que el demandante obtenga la protección de sus derechos, ante la falta de recursos económicos.

Esta circunstancia también generó un interés mayor para reflexionar sobre el acceso a la justicia, ya que tengo plena consciencia de que no es suficiente proclamar el derecho de acceso a la justicia, sino que es necesario hacerlo efectivo. Esta preocupación se ha vuelto más evidente cuando, en el ejercicio de mi profesión de abogada, comencé a constatar que muchos de los jurisdicionados no conseguían hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, debido a la imposibilidad económica de pago de costas judiciales, lo que me llevó a investigar su causas, con el objetivo de contribuir al debate y encontrar soluciones más razonables para la cuestión.

Se destaca que son muchas las contribuciones recogidas en la doctrina sobre el tema "acceso a la justicia", aunque esta no haya explorado específicamente el enfoque económico.

El tema elegido se justifica por la gran importancia en el contexto social y jurídico actual, donde hay una movilidad social en escala en los países objeto de estudio (Brasil y Argentina). La intensificación del crecimiento económico y, consecuentemente, el nivel de litigios amplían la búsqueda por la realización de la justicia. Se parte del supuesto de que el derecho de acceso a la justicia no puede ser negado al ciudadano, aun aventajado desde el punto de vista financiero, es decir, no es pobre en los términos de la ley, pero no consigue siquiera soportar el peso de los altos valores de las tasas judiciales cargadas en ambos países estudiados.

En consecuencia, el trabajo representa una contribución original para la ciencia jurídica, y más allá del aspecto sin precedentes, se revela actual y de extrema importancia para los estudiantes, abogados, defensores, fiscales y jueces, no obstante el interés académico.

1.2. Hipótesis y premisas metodológicas

El abordaje incluye el análisis de las costas procesales que se imponen en las demandas judiciales y apartan al ciudadano de la Justicia, lo colocan bajo la égida subjetiva de la legislación o de la jurisprudencia vigente, a la vez que remuneran los servicios

forenses, dentro de la primacía de la autosustentabilidad, en la búsqueda de mejoras y una prestación efectiva.

Hay experiencias, en países como Australia, Inglaterra, Holanda, Francia, Alemania Occidental, que controlan mejor las costas procesales, incluyendo los honorarios de abogados, lo que permite una mejor planificación económica al jurisdicionado. Otros sistemas judiciales apuntan al ofrecimiento de un servicio judicial mínimo, extremo, cuando hay otros sistemas de resolución de litigios, con exención total de costas, siempre y cuando se respeten los criterios de posibilidad y de interés público (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p. 35). En el Brasil, como en la Argentina, las costas y las tasas judiciales se deben tanto en la justicia común, como en la justicia federal.

El objetivo de este trabajo es analizar el acceso a la justicia como un derecho fundamental y constitucionalmente garantizado en el Brasil y en la Argentina. Pone de relieve la discrepancia entre las clases sociales, la dificultad de muchos en buscar sus derechos junto al Poder Judicial, sin comprometer su propia subsistencia, o de su familia, y las contradicciones del propio sistema de garantía.

Comprendiendo la Justicia como institución democrática e independiente, también financiada por el cobro de las costas procesales, urge analizar en el Brasil los institutos de la Justicia gratuita y de la Asistencia judicial gratuita propiamente dicha, y en la Argentina, el "beneficio de litigar sin gastos", así como la Asistencia jurídica gratuita y la actuación del "Defensor del pueblo de la Nación", y la estructura del "Ministerio Público de la Defensa", presentando nuevos sistemas de ampliación del acceso jurisdiccional.

En este contexto, la delimitación del tema se concentra en la apreciación de la confrontación entre el concepto de acceso a la Justicia y la manera de viabilizar el ingreso del jurisdicionado hacia la resolución de conflictos, teniendo en cuenta el elevado valor de las costas procesales, tomando como experiencias los Poderes judiciales brasileño y argentino así como las normas positivizadas en ambos países, en el periodo 2012-2016.

El sistema existente en la Argentina, donde el Estado proporciona los medios para satisfacer a los necesitados, en la práctica, con la instalación de dos formas diferentes de asistencia jurídica, el "Defensor del Pueblo" y el "Ministerio Público de Defensa", a través de sus postulados normativos, permite la garantía de litigar sin gastos, prevista en el artículo 78 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esta garantía se contempla, incluso, en la norma contenida en el artículo 12, ítem 6, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

En el Brasil, hay dos institutos jurídicos que pueden ser utilizados por las partes para acceder a la justicia sin costas, la Justicia gratuita y la Asistencia jurídica gratuita, la primera es utilizada por aquellas personas que, a pesar de estar en condiciones económicas, no pueden disponer el pago de las costas procesales, sin perjuicio de su sustento o el de su familia; la segunda está destinada a los más carenciados de recursos financieros y tienen plena asistencia proporcionada por el Estado, a través de las Defensorías públicas y los órganos competentes, en vista de la condición de pobres, de acuerdo con la ley. Ambos institutos están regulados por el nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño; la Justicia gratuita en los artículos 185 a 187 e, incluso, en la Ley N° 1060/50.

Aunque estos sistemas aseguren la gratuidad en los trámites procesales a las personas necesitadas y que no disponen de recursos financieros, es urgente investigar el problema, con el fin de evaluar si el ordenamiento jurídico vigente da efectividad a los derechos humanos en relación con la aplicación plena del acceso a la justicia, en vista de la exigencia, en ambos países, de la cobranza de costas judiciales para la defensa de derechos.

Se tiene como objetivo el estudio del acceso a la Justicia, desde el punto de vista económico, de los costos con la utilización de la máquina judicial, dando un enfoque especial al pago de las tasas judiciales, a los parámetros para la fijación de su valor, con independencia de la recaudación de tributaria.

La investigación abarcó como tema de reflexión las costas procesales, la forma como son cobradas, en comparación con los institutos de Justicia gratuita y de la Asistencia judicial gratuita previstas en el ordenamiento jurídico brasileño, como la garantía de litigar sin gastos en la legislación argentina y otros elementos de gratuidad del acceso a la justicia, sin olvidar las experiencias en otros países.

El Poder Judicial, en el concepto de muchos estudiosos y juristas, como Cappelletti, Garth, Sousa, es en gran parte responsable de la paz social y, en ese sentido, es inaceptable que algunos sean excluidos de su tutela solo por no tener condiciones financieras inmediatas para asumir sus costos.

Cabe presentar otras formas de pacificación social que son independientes de la actividad judicial entendida ordinariamente, a través de sistemas menos onerosos y, quizá, más rápidos que el propio Poder Judicial, incluyéndose, por ejemplo, los llamados tribunales de arbitraje, la mediación y la conciliación.

1.3. Propuesta metodológica

1.3.1. Supuestos metodológicos

A fin de analizar la problemática indicada para el estudio y poner en práctica los objetivos elegidos, se tiene como referencia de presupuesto fundamental que la idea de acceso a la justicia se formuló en el contexto de diversos intereses y expectativas de distintos sujetos con razones diferentes.

En este proceso de objetivación, que involucra la investigación, se admite la experiencia y las concepciones previas, no obstante en postura cuestionadora. Por lo tanto, en la investigación, se observaron y compararon los diferentes discursos y prácticas relacionadas con el objeto de estudio delimitado.

La presente propuesta está orientada por los fundamentos siguientes:

a) La realidad política y social no se puede controlar, es compleja y el resultado de varias determinaciones y contradicciones;

b) La actuación del Estado es consecuencia de un entorno de presión y conflicto de intereses y se manifiesta a veces ligada a la preconizada lógica de la derecha, y muchas otras, a la lógica de la izquierda y sus compromisos;

c) El análisis realizado tiene un sesgo político y jurídico de atribución de valor y verificación de compromisos ideológicos, teniendo en cuenta los ambientes constitucionales del Brasil, a partir de 1988, y de la Argentina de 1994;

d) Cualquier esfuerzo de reflexión de una situación determinada requiere el involucramiento de las personas responsables del proceso considerado en el análisis.

e) Las producciones anteriores fueron consideradas como el punto de partida del conocimiento, pero el avance de este conocimiento requiere una aproximación sistemática con la realidad a ser conocida;

f) Se deben superar posturas metodológicas rígidas, demarcando el análisis en las diversas variables contextuales (sociales, económicas y políticas), a fin de que se eviten

consideraciones maniqueas y sin objetivación científica y se promuevan investigaciones socialmente situadas.

Se utiliza, por lo tanto, el método crítico-dialéctico, entendido como adecuado para el análisis del proceso de garantía de acceso a la justicia.

1.3.2. Presupuestos conceptuales

A los fines de este estudio, se entiende que la evaluación de la eficacia de los derechos sociales es una forma de investigación social aplicada. Se entiende que la evaluación es la expresión de un juicio de valor, lo que induce a determinar lo que es satisfactorio o no en la eficacia del derecho investigado, considerando las variables contextuales, donde este se formula o implementa¹¹⁴.

En esta perspectiva, se requiere la definición de criterios e implica principios políticos fundamentales sobre concepciones relativas a la dignidad humana, destacando los principios de igualdad, democracia y ciudadanía, presupuestos y conceptos problemáticos para el análisis¹¹⁵.

Por lo tanto, con el objetivo de discutir intereses y fundamentos declarados y desentrañar los que no fueron manifestados en el proceso de constitución del derecho de acceso a la justicia, se examina el contenido de la norma y de su objeto, tratando de descubrir la compatibilidad entre el marco político y jurídico, y el contexto de su estructuración. Para suplir las necesidades metodológicas y determinar los límites teóricos capaces de condensar las múltiples determinaciones del fragmento de la realidad que

114 Nótese, incluso, amparado en Silva (2013), que el acto de evaluar no es neutro ni externo a las relaciones de poder. Es un acto técnico, pero también político. No es desinteresado, pero exige objetividad e independencia, fundamentándose en valores y en el conocimiento de la realidad así como en los sujetos involucrados en el programa.

115 Muy adecuado para lo que se pretende en el presente anteproyecto, orienta Silva (2001, pp. 80-81) que "el análisis se centra en los fundamentos y condicionamientos del orden político, económico y sociocultural que determinaron el proceso de elaboración de la política o de formulación de un plan, volcándose a la identificación y análisis de los principios de justicia social, implícitos y explícitos, que guiaron el proceso de transformación de una agenda pública sobre alternativas de políticas en un programa a ser adoptado e implementado. Interesa, en el abordaje de evaluación política, considerar las siguientes dimensiones: identificación y análisis del marco ético-político que fundamentó la política; los determinantes del ordenamiento económico, político y sociocultural que condicionaron la formulación de la política; los principios de justicia, explícitos e implícitos, identificando el posible privilegio de alojamiento social (carácter mantenedor o meramente distributivo) o promoción de la equidad social (carácter redistributivo)".

conforma el campo de investigación de este trabajo se definieron cuatro categorías: Acceso a la justicia; Justicia gratuita; Asistencia jurídica gratuita e Igualdad, como ejes centrales del análisis en cuestión, más allá de los discursos de los diversos sujetos y las influencias en la elaboración de los marcos normativos.

1.3.3. Procedimientos metodológicos

En primer lugar, se hizo un levantamiento bibliográfico y documental sobre la temática, analizando las categorías definidas aquí y sus relaciones en el contexto brasileño y argentino de acceso a la justicia; la justicia gratuita; la asistencia jurídica gratuita y la igualdad.

Se analizaron los elementos que sustentan el marco jurídico-normativo que reglamenta la justicia gratuita y el acceso a la justicia, a partir de técnicas de análisis de contenido y de investigación de las variables contextuales, estableciendo sus relaciones con los sistemas contemporáneos de garantía del derecho de acceso a la justicia en lo que atañe a las diferentes lógicas y racionalidades y comprobar las influencias en el proceso de elaboración de los elementos normativos en cuestión.

Con la orientación y el uso de métodos propios de investigación para esta tesis, apoyados en las lecturas y discusiones durante su elaboración, se analizaron los intereses y razonamientos que informaron la construcción de los marcos normativos del acceso a la justicia y de la justicia gratuita en el Brasil y del beneficio de litigar sin gastos en la Argentina.

El uso del método cualitativo se tornó imprescindible con la superación de la postura metodológica rígida. En cuanto a los procedimientos o técnicas de investigación, que consisten en instrumentos para recoger información, se utilizó el análisis de documentos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el objeto de estudio, la investigación se centra principalmente en la Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988, en la garantía del acceso a la justicia y la promoción de la asistencia jurídica gratuita previstas en el artículo 5º, incs. XXXV y LXXIV, respectivamente; el Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia de los tribunales superiores, los principios generales del derecho y las costumbres, así como la evaluación del sistema de organización judicial para hacer frente

a los conceptos actuales de costas procesales, exenciones y gratuidad. En la Argentina, el objetivo es analizar la Constitución de 1994, y otras leyes infraconstitucionales positivizadas que tratan el tema propuesto, así como la jurisprudencia de los tribunales superiores.

La investigación contempla el análisis de la legislación infra-constitucional del Brasil y de la Argentina, con apoyo en la Constitución Federal del Brasil y en la Constitución de la Nación Argentina, teniendo en cuenta el marco procesal de cada uno de los países involucrados, señalando los paradigmas adoptados, con indicación de los puntos de aproximación y de divergencia entre ambos, para demostrar que la legislación de la Argentina puede adoptar, como en el Brasil, el sistema de asistencia jurídica gratuita que contemple, integralmente, la protección de los derechos fundamentales del ciudadano que requiere tener acceso a la justicia.

Este trabajo se basa en la investigación bibliográfica y documental; con carácter analítico-descriptivo y tiene como objetivo principal discurrir sobre el acceso a la justicia frente a los obstáculos económicos del pago de costas judiciales, sus funciones, así como debatir sobre la exención en los casos que se benefician con la justicia gratuita.

Como se ha señalado, por el objeto, la investigación se clasifica como bibliográfica y documental, pues fue desarrollada sobre la base de material ya elaborado, constituido principalmente de libros y artículos científicos. El estudio involucra un análisis cualitativo criterioso de las fuentes bibliográficas que tratan el tema. Se utilizó el método crítico-dialéctico para analizar los autores referenciados, comparando la idea de acceso a la justicia y la recaudación de costas judiciales con otras formas de mitigar los obstáculos referidos para la resolución de las demandas sociales.

Después de presentado el objeto de estudio y justificada la elección y las premisas metodológicas en la introducción, se pasa a declinar la forma de exposición de este trabajo.

En el segundo capítulo, se debate sobre el acceso a la justicia como un derecho y garantía de isonomía entre los jurisdicionados, haciendo esfuerzos para demostrar su configuración como un vector de mitigación de la desigualdad, en ambientes constitucionales democráticos.

A continuación, se hace un paralelo entre los derechos fundamentales, sociales y los caminos que intentan el sistema brasileño de ampliación y el argentino vigente, lo que demuestra que donde hay una mayor amplitud de acceso a la justicia, mayor es el sentido de igualdad y de justicia social. Tales conquistas fortalecen la justicia.

Luego, en el tercer capítulo, se discurre el valor de la causa en el procedimiento civil brasileño como un parámetro para el cálculo de las costas judiciales. Se tiene el valor

de la causa como una imposición legal en el proceso civil brasileño, alertando que el Poder Judicial también se solventa a través del pago de las costas judiciales, generando un fondo mediante el cual se posibilita la realización de mejoras en las unidades jurisdiccionales, permite la capacitación de los secretarios y jueces, así como facilita la adquisición de los insumos y el aumento de la tecnología para acelerar la prestación de justicia.

Se esboza, en el tercer capítulo, una descripción detallada de la carga económica del proceso, las costas judiciales, su destino, su importancia, al tiempo que se critica su exigencia como vector de impedimento al acceso a la justicia, ejemplificando la situación en la que su exigibilidad en exceso fue cuestionada junto al Supremo Tribunal Federal, por la Asociación de Abogados del Brasil.

En el cuarto capítulo, se esboza una breve demostración del sistema de gratuidad de la Justicia brasileña, a partir de lo regulado en la Constitución de la República del Brasil de 1988, en la Ley Federal N° 1060/1950, receptada por completo por el orden constitucional vigente en el Brasil, aunque recientemente fueron revocados algunos de sus dispositivos, debido a la llegada del nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño, también analizado, que pasó a reglamentar la materia. Ello demuestra que, en el sistema brasileño, prevalece el carácter subjetivo sobre la demostración de la necesidad económica, vinculando el criterio del valor de la causa a la calidad financiera individual de su postulante, sea persona física, sea jurídica. Este sistema permite el acceso a la justicia a los menos favorecidos, independientemente de la importancia valorativa de la solicitud.

Por último, en el quinto capítulo, se demuestra con mayor detalle el sistema argentino de triaje sobre el permiso de litigar sin costos financieros, con predominancia del criterio objetivo de evaluación y adecuación entre la solicitud y su valoración, así como la capacidad económica de quien pleitea.

En conclusión, en el contenido del trabajo se refleja la confrontación entre los sistemas brasileño y argentino, procurando sintetizar que la ampliación del acceso a la justicia —sea por la gratuidad integral sobre la causa civil, sea por el estímulo en vincular una actividad paraestatal que se remunere con otras causas rentables, la denominada abogacía *pro bonus*—, representa el fortalecimiento institucional y la promoción efectiva de la justicia social.

2. EL DERECHO DE ACCIONAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

2.1. La acción como base o nacimiento de la ciencia del derecho procesal

El derecho de acción tiene sus inicios en Roma, primero con la *legis actios* (acciones de la ley) con un procedimiento caracterizado en rituales próximos a la religiosidad. Estas *legis actios* tenían su fundamento en la Ley de las XII Tablas. Más tarde, con el *per formulas* (sistema de formulario) y, finalmente, con el *cognitio extra ordinem* (sistema de procedimiento extraordinario)¹¹⁶, y entre la duración de estos tres sistemas, la acción fue cambiando de dirección (ALVIM, 2011, p. 101).

Falcón (2013, p. 17) señala que las características más relevantes del primer período comprende las acciones de la ley y el procedimiento formulario; es la división del proceso en dos fases “una, ante el magistrado o etapa de derecho, y otra ante el juez o etapa de los hechos”.

De acuerdo con Alvim (2011, p. 102), en el período *legis actios*, los actos consistían en declaraciones solemnes acompañadas de gestos enseñados por los pontífices a los litigantes, que debían repetir ante los pretorios. En el período *per formulas*, el procedimiento consistía en la recitación oral y palabras rituales, fórmulas que el pretor escribía y entregaba a los litigantes, de acuerdo con la acción que pretendía instaurar. En la tercera fase, el *cognitio extra ordinem* representaba una fusión de las dos fases del procedimiento romano en una sola instancia, en la que el pretor conocía directamente la demanda, reunía la prueba y pronunciaba la sentencia.

Muchos países adoptaron el sistema romano y el derecho de acción, a lo largo de las décadas, fue ganando fuerza, con los tratados internacionales y con la garantía constitucional de este derecho.

Se desarrollaron diversas teorías a lo largo de la historia para conceptualizar la acción, pudiendo significar el derecho a una sentencia justa, el derecho a ser oído en juicio, la acción como pretensión de tutela jurídica, la acción como derecho potestativo, la acción como derecho procesal de las partes, como derecho de petición, como derecho a la jurisdicción, entre otros. Para Calamandrei, la acción puede ser conceptualizada como derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, que es independiente de la existencia del derecho material, concreto (ALVIM, 2011, p. 110).

¹¹⁶ Destaca Falcón (2013, p. 19) sobre el proceso extraordinario que el régimen imperial, que fue absorbiendo cada vez más poderes, sumado a la desaparición de la vieja estructura de la República Romana, favoreció la instauración del nuevo sistema, que tuvo, entre sus elementos, una tramitación distinta del proceso. En lugar de dividirlo en dos etapas, una ante un magistrado y otra ante un juez, este nuevo tipo de proceso extraordinario toma un nuevo camino, donde el juez es un funcionario que dirige toda la contienda. El autor destaca incluso el proceso germano, que se dividió en período germánico y período franco.

Conforme enseña Alvim (2011, p. 108), esta teoría fue desarrollada por Oskar von Bulow, el primer teórico en hablar de una relación jurídica procesal. La acción como derecho a ser oído en juicio fue expuesta por Degenkolb, como la acción de un derecho abstracto a actuar. La acción como pretensión de tutela jurídica, fue desarrollada por Wach, en 1885, con la obra *Manual de derecho procesal civil alemán*.

La acción como derecho potestativo es resultado de una conferencia dada por Chiovenda¹¹⁷, en la Universidad de Bolonia, en 1903, como "el poder de crear la condición para la actuación de la voluntad de la ley". La teoría de la acción como derecho procesal de las partes fue idealizada por Carnelutti, como siendo un derecho subjetivo procesal de las partes.

La teoría de la acción como derecho de petición fue elaborada por Couture, para quien, mediante la acción, se cumple la jurisdicción, es decir, es el poder jurídico que tiene el individuo de recurrir a los órganos jurisdiccionales. Liebman desarrolló la teoría de la acción como derecho a la jurisdicción, la acción como un derecho subjetivo, pero que para existir depende de los requisitos constitutivos, como las condiciones de la acción, a saber: el interés de actuar, la legitimidad y la posibilidad jurídica (ALVIM, 2011, p. 108).

Para Cámara (2005, p. 115), merece destacarse la teoría civilista o inmanentista de la acción, que influyó hasta mediados del siglo XX, lo que refleja una época en la que incluso no se consideraba el Derecho Procesal como ciencia autónoma, pero hace mucho superada.

Conforme destaca Falcon (2013, p. 24), en la Argentina, el derecho procesal también se desarrolló en varias fases, la primera fue la Indiana, que va desde el descubrimiento de América hasta la Revolución de 1810. El segundo período, llamado independiente se produce desde 1810 hasta la adopción del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires por la Capital Federal, y después de sancionado, empezó a hablarse de la etapa de codificación.

117 En este contexto, es importante aportar las consideraciones de Dinamarco (2013, p. 38) sobre Chiovenda "según el cual el objetivo del proceso y de la jurisdicción consistía en la actuación de la voluntad de la ley; o de Carnelutti, defensor de la teoría de la justa composición de la lid con el propósito del proceso y de la jurisdicción. Estas dos teorías colocaban los institutos procesales como caseros del derecho material, sin compromiso institucional alguno con la pacificación social o con la eliminación de conflictos entre dos o más sujetos, tal como hoy se entiende. En esta óptica, lo que valía como punto de referencia era el cumplimiento de las normas del derecho material, en particular, las contenidas en el ordenamiento jurídico-positivo del país".

Como se ve, esta independencia del Código de Proceso se desarrolló a partir de la "Revolución de Mayo de 1810" en el que el Poder Judicial comenzó a tener independencia del poder administrativo, hasta consagrarse definitivamente en la Constitución nacional. Surgieron muchas reformas hasta la consagración del sistema procesal vigente adoptado por la legislación argentina.

Como ha señalado Saiach (2015, p. 11), el derecho procesal argentino abreva de muchas fuentes, en primer lugar, de las normas de derecho indiano, con fuerte ascendente en las leyes de España de 1855 y 1881. También tuvo influencia de los procesalistas italianos Chiovenda, Calamandrei y Carnelutti y el Código Procesal de Italia de 1942. Igualmente, el profesor uruguayo Couture tuvo una influencia importante para el derecho argentino.

Es de destacar que la historia del derecho procesal no es objeto de análisis profundo en este trabajo, por lo que se está abordando solo superficialmente, con el objetivo de demostrar la importancia de la ciencia del derecho procesal como un derecho de acción para efectividad de los derechos sociales y fundamentales.

En este contexto, Marinoni (2010, p. 195) señala que la acción solo fue disociada del derecho material, en Alemania, alrededor de 1856. "Por lo tanto, cuando el Estado liberal clásico se afirmó, no había separación entre la acción y el derecho subjetivo material", pues las primeras teorías italianas proponiendo la autonomía de la acción fueron elaboradas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también destaca que:

La desaparición del Estado liberal clásico y el surgimiento de los Estados sociales hicieron eclosionar nuevos derechos fundamentales, los que pasaron a exigir del Estado, además de un simple no hacer —como acontecía cuando se daba al individuo el derecho de impedir la agresión estatal sobre su esfera privada—, acciones o prestaciones positivas.

Sin embargo, no es porque la acción no era concebida como derecho de actuar volcado contra el Estado juez del liberalismo clásico que, en la actualidad, no puede ser vista como un derecho fundamental de defensa contra el Estado en calidad de derecho autónomo y abstracto.

Ocurre que la dimensión del derecho de acción como derecho de defensa, derecho a un no hacer por parte del Estado, no agota el derecho de acción. Las posiciones jurídicas por él abarcadas son mucho más amplias que las de un simple derecho de defensa. Por encima de todo, no hay manera de describir el derecho de acción mediante fórmula alguna que excluya el hecho

que él involucra un poder atribuido a su titular de provocar la acción del Estado juez. Y que si el Estado juez permanece inerte, cuando es provocado por el titular del derecho de acción, esta omisión implicará la insatisfacción de este derecho. Es decir, el derecho de acción involucra necesariamente una prestación estatal para verse satisfecho (MARINONI, 2010, p. 197).

Según Marinoni (2010, p. 162), la acción es la contrapartida natural de la prohibición de la tutela privada. En el Estado liberal, el derecho de acción era entendido como un mero derecho formal de interponer acción, para quien tuviese condiciones de costear el proceso, pues el Estado no se preocupaba por las desigualdades económicas (MARINONI, 2010, p. 187).

Posteriormente, el Estado comenzó a preocuparse por la dimensión de los derechos pensados como fundamentales, buscando una sociedad más igualitaria y justa; las constituciones del siglo XX procuraron integrar los derechos sociales con el fin de permitir la participación del ciudadano en la sociedad, "mediante, incluso, la realización del derecho de acción que pasó a ser focalizado como 'derecho de acceso a la justicia', convirtiéndose en el objeto de la preocupación de los sistemas jurídicos más modernos del siglo pasado", destaca Marinoni (2010, pp. 188-189), para quien la realización del derecho de acceso a la justicia es esencial para la propia configuración del Estado.

Por cierto, Marinoni (2010, p. 316) señala que el derecho de acción está garantizado constitucionalmente¹¹⁸ en el artículo 5º, LV, de la Constitución Federal del Brasil, al disponer "a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los demandados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con medios y recursos a ella inherentes".

Así, para Wambier (2007, p. 125), la acción puede ser conceptualizada "como el derecho público, subjetivo y abstracto, de naturaleza constitucional, regulada por el Código

¹¹⁸ Abreu (2011, p. 142) destaca que "después de un arduo camino, la civilización llegó al Estado constitucional moderno. En efecto, la noción de acción comienza a perfilarse a partir de la prohibición de la justicia por mano propia. En general, habiendo un monopolio de la jurisdicción, el individuo se dirige al Estado para obtener la prestación jurisdiccional, ya que esta garantiza la observancia del Derecho. En palabras de Calamandrei: "Esta facultad para invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del Derecho es, en cierto sentido, la acción". Por lo tanto, el titular de la acción es quien puede pretender del Estado la formación de un proceso judicial que culmina con la decisión de la causa".

de Procedimiento Civil, de solicitar al Estado juez el ejercicio de la actividad jurisdiccional con el fin de resolver determinada lid".

Para Saiach (2015, p. 18), el concepto, desde la perspectiva de Chiovenda, "la acción es un derecho potestativo, de naturaleza pública y privada a la vez, por el cual un ciudadano persigue que el derecho objetivo actúe en su favor, por estar incluido en sus derechos (tener un derecho subjetivo)".

2.2. La división de poderes y la constitucionalización del derecho de accionar. El derecho brasileño y la legislación comparada en la Argentina

Aun en la edad antigua, se percibió que ya no era posible realizar justicia con sus propias manos y que los conflictos precisaban ser sometidos a juicio por la autoridad pública, surgiendo a partir de entonces la necesidad de regular la actividad de la Administración de Justicia, cuando comenzaron a surgir las normas procesales (THEODORO JR, 2001, p. 9).

Montesquieu, al idealizar la separación de los poderes¹¹⁹ receptada por el Estado liberal entendía que el poder de juzgar era una actividad limitada, tanto por la legislación como por el Ejecutivo, en razón de poder ejecutar las decisiones materialmente, es decir, el "poder de juzgar" (MARINONI, 2010, p. 27).

La teoría de Montesquieu fue de gran importancia, como resalta Marinoni (2010, p. 27), ya que antes del Estado legislativo el derecho no devenía de la ley, sino de la jurisprudencia y de las tesis doctorales. Más tarde, con la creación del Estado legislativo, hubo una transformación de las concepciones de derecho y de jurisdicción y esto ayudó a contener los abusos de la administración y de la jurisdicción, de modo de frenar las arbitrariedades del cuerpo de jueces en ese momento, la gran mayoría nombrada por el monarca.

Para Montesquieu, no podría existir libertad en el "poder de juzgar" si este no estuviese separado del Poder Legislativo y Ejecutivo. Del mismo modo, no podría el juez

¹¹⁹ Montesquieu mejoró y dio rango constitucional a la teoría de separación de poderes. Bulos (2010, p. 1041) señala que esta teoría fue desarrollada previamente por Aristóteles, en la obra *Política*, escrita por John Locke en su Segundo Tratado sobre el gobierno civil, y en última instancia, reforzada por Montesquieu en el clásico *O espírito das leis*, e incluso en los estudios de Hobbes, Bacon, Maquiavelo, Rousseau, Políbio, Hume y otros.

interpretar la ley desde la óptica de la generalidad y la abstracción a casos concretos, en los que se podría oscurecer la previsibilidad y la certeza del derecho, pues "si los juzgamientos fuesen una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber precisamente los compromisos que en ella son asumidos"¹²⁰.

Para Marinoni (2001, p. 31):

Todo esto lleva a las cuestiones de la sistematicidad y de la plenitud del derecho. El ideal de la supremacía del legislativo era que la ley y los códigos deberían ser tan claros y completos que solo podrían generar una única interpretación, sin duda correcta. La ley fue suficiente para que el juez pudiese resolver los conflictos sin que precisase recurrir a las normas constitucionales.

En este contexto, el intérprete juzgador debería sacar de las disposiciones legislativas las estructuras que lo sustentaban, sus principios.

La Constitución brasileña adoptó el principio de separación de poderes, que dispone en el artículo 2º: "Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial". E incluso señala en el artículo 60, § 4º, III: "No será objeto de deliberación propuesta de enmienda tendiente a abolir: [...] la separación de poderes".

La Constitución de la Argentina al igual que la brasileña adoptó la teoría de separación de poderes, en la que cada uno de los órganos del gobierno cumple una función específica y a cada uno de esos órganos se delega una serie de funciones y poderes; como destaca Lonigro (2011, p. 56), no es el poder que está dividido, sino el gobierno, este entendido como un conjunto de órganos que ejercen el poder del Estado.

La teoría tripartita, que divide el Estado en tres poderes autónomos entre sí: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tiene como objetivo evitar la concentración de poder y garantizar la libertad de los individuos, ya que cada uno de los poderes, en armonía con los demás, tiene su área de actuación y asegura la descentralización de un poder que antes era centralizado.

En este contexto de descentralización del poder, el Legislativo tiene la función de legislar, crear, mejorar y revocar las leyes; el Ejecutivo, el de administrar el Estado, y el

120 Extraído de la obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, p.158.

Judicial es el responsable por el juzgamiento de las causas, aplicando la ley en hipótesis concretas, cuando hay una demanda.

Para Saiach (2015, p. 17): "La base para que funcione el sistema, en *El espíritu de las Leyes* (de Montesquieu) es el equilibrio entre estos tres poderes, sin que uno sea preponderante sobre el otro". Señala que "las Constituciones modernas contienen esta división de poderes y garantizan a los ciudadanos (al pueblo que ha delegado el poder) el acceso, en principio irrestricto, a la justicia (al Poder Judicial)".

Conforme destaca Silva (2001, p. 503), para que no haya interferencia entre los poderes, es necesario que sea utilizado el mecanismo de frenos y contrapesos para el control recíproco de los poderes, con el fin de tener el equilibrio necesario para lograr el bien de la comunidad.

Montesquieu, responsable por la vinculación del principio al modelo constitucional, estableció la necesidad de organizar la sociedad política, de modo que "el poder sea un freno al poder, pues para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder", lo que ya demostraba el carácter armónico de la teoría de la separación de los poderes (OLIVEIRA, 2014, pp.120-121).

Es tan relevante su importancia, considerado como base del Estado constitucional, que el principio de la separación de poderes está contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791, disponiendo el artículo 16 que "toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos del hombre ni determinada la separación de los poderes, no posee constitución".

Como se ha señalado, el Poder Judicial se caracteriza como órgano central de la democracia, lo que permite el alcance del ciudadano en la búsqueda de sus derechos, en particular, el alcance de las minorías, consolidando la democracia constitucional, tanto en el Brasil como en la Argentina.

La separación de poderes consiste en distinguir las funciones del Estado, en legislativo, ejecutivo o administrativo y judicial, entendida como división funcional, en la esencia y fraccionada en su ejercicio. La Constitución del Brasil, así como la argentina, adoptaron la teoría de la "división tripartita de poderes". Al Poder Legislativo, le corresponde la función de dictar las normas reguladoras de manera general y abstracta, de crear el derecho; al Ejecutivo, la función administrativa; al Judicial le cabe la función jurisdiccional, determinando el derecho al caso concreto (ALVIM, 2011, p. 39).

La jurisdicción, de acuerdo con Alvim (2011, p. 40), es una función del Estado en la que opera el derecho objetivo en la composición de los conflictos, con el fin de

salvaguardar la paz social y el imperio del derecho. La jurisdicción es una actividad complementaria de la legislativa, que incluso podría hasta ser dispensada, en caso que los ciudadanos cumplieren voluntariamente los preceptos legales. La jurisdicción depende de la provocación; opera cuando la parte precisa ejercer su derecho de acción.

2.3. Los pactos y tratados internacionales. El derecho brasileño y la legislación comparada, en Argentina

La Constitución de la República establece los derechos y garantías fundamentales como principios que deben observarse y respetarse, especialmente, la dignidad de la persona humana.

Con el fin de hacer valer estos derechos, sin importar la raza o el origen étnico, ni la nacionalidad, es que el Brasil, al igual que otros países signatarios ha adherido ampliamente a los pactos y tratados internacionales.

La Constitución del Brasil fue una de las pioneras en consagrar la posibilidad de ingresar otros derechos a su sistema jurídico patrio, a través de los tratados internacionales.

Además de los derechos y garantías constitucionales que figuran en la Constitución de 1988, entre ellos, el derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad de la persona humana, el ordenamiento jurídico incluso recepta con la misma fuerza normativa y efectos jurídicos potencialmente concretos, los actos, tratados, pactos, acuerdos, convenciones, protocolos, además de negocios jurídicos, todos aptos para proteger y salvaguardar los derechos del hombre (BULOS, 2010, p. 48).

Los tratados y convenciones se incorporan en el ordenamiento jurídico como normas constitucionales, tal como estipula la Constitución Federal, en el artículo 5º, segundo y tercero párrafos. El párrafo 2 del citado artículo refiere que "los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa del Brasil sea parte".

Así, complementa el § 3º: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que hayan sido aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en

dos rondas, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".

En la legislación argentina, del mismo modo, los tratados tienen la incorporación constitucional con igual jerarquía. Saiach (2015, p. 10) señala que el pacto de San José de Costa Rica y los tratados con Italia, España, Montevideo, son también una segunda fuente de derecho procesal y tienen igual jerarquía que la Constitución nacional¹²¹.

Los tratados tienen origen histórico muy antiguo, según los doctrinarios y estudiosos en la materia (Saiach, García, Bulos, Marinoni), los primeros delineamientos sobre los tratados surgieron hace más de doce siglos antes de Cristo, donde la disciplina jurídica del *jus tractuum* fue gradualmente implantada durante tres mil años, y en la actualidad, todavía tiene grandes similitudes con la forma original de su celebración.

La aplicación y reglamentación jurídica del Derecho de los Tratados tuvieron su origen en la costumbre, desde la antigüedad hasta parte del siglo XX; el primer marco de celebración de un tratado internacional, con carácter bilateral, fue el instrumento firmado entre el Rey de los Hititas, Hattusil III y Ramsés II, faraón egipcio de la dinastía XIX^a, entre 1280 y 1271 a. C., que concluyó con la batalla de Kadesh, poniendo fin a la guerra en tierras sirias.

Los principios, pilares de todo el sistema jurídico, remontan a la antigüedad su surgimiento y aplicación, siendo universalmente reconocidos y que rigieron los tratados internacionales, los principios del libre convencimiento, la buena fe de las partes contratantes y la norma *pacta sunt servanda*. Más tarde, alrededor de 1815, debido a la intensa solidaridad internacional, comenzó a cambiar el ambiente externo y a surgir los tratados multilaterales, a principios del siglo XX, con la aparición de las organizaciones internacionales.

Las organizaciones internacionales pasaron a poseer, junto con los Estados, la capacidad para celebrar tratados, dando cada vez mayor importancia a los tratados como fuente del Derecho Internacional Público, ocasionando una necesidad de codificación de este derecho, pertinente al Derecho Internacional y al Derecho de los Tratados.

121 Saiach (2015, p. 10) incluso resalta que "en algunos casos y de acuerdo con la teoría de la incorporación, debieron ser declarados vigentes por una ley. También existen tratados interprovinciales o entre la Nación y las Provincias, como la ley convenio sobre notificaciones, Ley N° 22.172, a la que adhirieron casi todas las provincias. Conforme el artículo 75, inciso 12, CN, tienen igual jerarquía que la Constitución nacional, pero evidentemente son complementarios de la misma, por eso le asignamos el valor de segunda fuente".

De esta evolución del derecho y de la necesidad de una mayor cohesión del tema, surgieron los tratados, primando el mantenimiento del orden y la paz con seguridad internacional, sin perder de vista los principios del Derecho Internacional relacionados con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, entre los que se destacan la igualdad de derechos, la soberanía y la independencia de todos los Estados, la libre determinación de los pueblos, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, el respeto universal a los derechos del hombre y garantías fundamentales.

Los tratados buscan garantizar la soberanía política y la legitimación de un acto con apoyo político social de pertenencia a una nación, como quedó bien delineado por la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, iniciando el proceso de universalización de los derechos humanos, especialmente, a través de los pactos y convenciones internacionales.

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados tuvo gran importancia en el escenario internacional, al representar un marco histórico donde se positivizaron normas consuetudinarias, se codificó el derecho de gentes, y también se armonizaron los procedimientos de elaboración, ratificación, denuncia y extinción de los tratados.

Otro importante instrumento de defensa de las prerrogativas y garantías constitucionales del hombre fue la Declaración de los Derechos del Hombre, donde se reconoció el principio de la universalidad y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, a través del Pacto de San José de Costa Rica.

En 1966, fue estipulado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que confirman el compromiso de los Estados, respetando los derechos fundamentales ya mencionados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en la Carta de las Naciones Unidas con el fin de consolidar ese compromiso asumido.

De manera similar, se produjo en el ámbito interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, que trata, en su artículo 8º, las garantías judiciales:

- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de*

sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Conforme destaca Filho (2010, p. 3), el acceso a la justicia está entre "los más poderosos instrumentos de garantía de los derechos humanos, asegurado en los más solemnes actos normativos, como las declaraciones internacionales y las constituciones".

Este derecho se fue consagrando cada vez más y formando parte integrante de las Constituciones de los Estados.

En este contexto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desempeña un papel importante en la defensa de las garantías individuales de acceso a la justicia, como bien destaca Filho (2010, p. 7):

En el continente europeo, el acceso directo (jus standi) a la nueva Corte Europea de Derechos Humanos (que sustituyó a las antiguas Corte y Comisión europeas) pasó a ser otorgado a todos los individuos sujetos a la jurisdicción de los Estados partes en el Protocolo n° 11 (de 1994) de Reformas a la Convención Europea de Derechos Humanos (en vigor desde el 1/11/1998).

En el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene de dar un paso de gran trascendencia: con la entrada en vigor el 1° de junio de 2001, de su nuevo Reglamento (adoptado el 24/11/2000); pasa a asegurar, por primera vez en su historia, la participación directa de los individuos demandantes en todas las etapas del procedimiento, en denuncias a ella enviadas, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto se debe a que el acceso a la justicia ya es reconocido como un derecho fundamental y uno de los más importantes derechos humanos, pues para efectivizar otros derechos, el ciudadano se vale justamente del acceso a la justicia, es decir, el acceso a la justicia es medio de efectivización de derechos sociales y no es, por lo tanto, el mero acceso a los tribunales, consonante con las palabras de Sadek (2001, p. 7):

Los derechos son letra muerta en ausencia de instancias que garantan su cumplimiento. El Poder Judicial, desde este punto de vista, tiene un papel central. Cabe a él aplicar la ley y, consecuentemente, garantizar la efectivización de los derechos individuales y colectivos. Por lo tanto, es legítimo afirmar que el Judicial es el principal guardián de las libertades y de la ciudadanía.

En este contexto, los pactos y tratados internacionales son fundamentales para acceder a la justicia.

La Constitución brasileña respeta los tratados firmados, con prevalencia del Derecho Internacional por sobre el Derecho interno. Según la última corriente doctrinaria firmada, de status constitucional, sobre tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, los tratados internacionales de derechos humanos asumen en el ordenamiento jurídico patrio, calificación constitucional; los convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Brasil antes de la Enmienda Constitucional N° 45/2004, como el Pacto de San José de Costa Rica, se revisten de carácter materialmente constitucional.

Del mismo modo, en la Argentina, la celebración de tratados es fundamental de política externa de los Estados.

La Constitución Nacional determina en el artículo 31:

Art.31. [Supremacía de la Constitución, leyes nacionales y tratados internacionales]. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Todas las normas deben respetar la supremacía de la Constitución. Desde la reforma de la Constitución argentina, en 1994, se dio una distinción de status constitucional a los tratados, convenciones y acuerdos sobre derechos humanos adoptados y ratificados

(y aquellos que se unirán en el futuro); el tratado pasa a ser incorporado al Estado, con el análisis de dos teorías al respecto: la teoría de adopción y la teoría de la bivalencia (ORIHUELA, 2020, p. 79).

Se recoge del texto de la Constitución comentada por Orihuela (2010, p. 79) la explicación de estas dos teorías. Por la teoría de la adopción: "se necesita una ley que adopte, incorpore el tratado al derecho interno y lo ponga en vigencia: luego de esto, si hay oposición con una ley se aplicará la norma posterior (Principio: ley o tratado posterior deroga al anterior)", es decir, el tribunal sostuvo que el derecho de respuesta establecido en el Pacto de San José no era operativo, sino programático y, por lo tanto, el Congreso debería reglamentar por ley, a la vez que la Teoría de la bivalencia: "alcanza el tratado para que se incorpore al derecho interno". Al comentar sobre la Teoría de la bivalencia dice:

En el año 1992 la Corte opta por esta teoría en el fallo Ekmerkdjian c/Sofovich: el Tratado, aprobado y ratificado, en las condiciones de su vigencia se aplica directamente. De esta forma le da operatividad a sus cláusulas.

El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, dice que ningún Estado Parte de un tratado puede dejar de cumplirlo amparándose en su derecho interno.

En el fallo Fibraca Constructora (1993), la Corte dijo que lo sentado en Ekmejdjian c/Sofovich no significaba que las garantías y derechos establecidos sin la Constitución estuvieran por debajo de los tratados (ORIHUELA, 2010, p. 79).

La forma de recepción e interacción de los tratados en el sistema jurídico varía según el país. En la Argentina, según García (1998, p. 278), la Constitución también contiene disposiciones que establecen las reglas fundamentales de la forma federal, determinando la esfera de acción de las provincias contra el Estado nacional, definiendo el alcance de su autonomía, estableciendo las condiciones bajo las cuales el gobierno federal garantiza el pleno ejercicio de sus instituciones.

Respecto de los tratados, dice García (1998, p. 278) en su obra:

*Los tratados internacionales. Son estipulaciones formales **ENTRE** personas internacionales, como lo es una convención sobre derechos humanos.*

[...] La reciente reforma constitucional zanja la cuestión. El art. 75 dispone en su inc. 22 que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Seguidamente enuncia aquellos que tratan sobre derechos humanos y dispone: “Solo podrán ser denunciados —es decir dejados sin efecto —, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. En cuanto a los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos no enunciados en el texto, pueden adquirir jerarquía constitucional. Para ello se requiere: ser aprobados por el Congreso y el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, receptados por la legislación de la Argentina, son:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la Ciudad de Bogotá, Colombia, en 1948;
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por La Res. 217 A (III) de la Asamblea General las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948;
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, abril de 1948;
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19/12/1966;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19/12/1966;
- Protocolo Facultativo;

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 13/7/1967, aprobada por la República Argentina según Ley 17.722;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmado en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22/11/69, aprobada por la Argentina según Ley N° 23.054;
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/1, suscrita por la Argentina el 17/7/80, la Argentina ratificó por Ley N° 23.179 (BO, 3/6/85);
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1984, aprobada por la Argentina por la Ley N° 23.338 (BO, 26/2/87);
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20/11/89, aprobada por la Argentina por Ley N° 23.849 (BO, 22/10/90);
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, firmado el 9/6/94, en la ciudad de Belén, Brasil, durante la XXIV Asamblea General de la OEA; la Argentina la aprobó por Ley N° 24.556 (BO; 18/10/95), y le dio jerarquía constitucional mediante la Ley N° 24.820 (BO, 29/5/97);
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26/11/1968; la Argentina la aprobó por la Ley N° 24.584 (BO, 29/11/95), y le dio jerarquía constitucional por Ley N° 25.778 (BO, 3/9/2003).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, fue el marco en el proceso de reconstrucción de los derechos humanos, caracterizada por la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos, y un marcado trazo del movimiento de internacionalización de los derechos humanos.

Para Bulos (2010, p. 695), los tratados sobre derechos humanos presentan superioridad en el plano internacional, pues integran el *jus cogens* (derecho imperativo e

inderogable) y poseen naturaleza de norma constitucional, con un carácter especialísimo, diferente de aquel que se atribuye a los tratados internacionales comunes, pues, si bien los tratados comunes buscan el equilibrio y la reciprocidad de las relaciones entre los Estados partes, aquellos que tratan los derechos humanos trascienden los meros compromisos recíprocos, ya que tienen el objetivo mayor de salvaguardar los derechos humanos, y no las prerrogativas estatales.

Para Borges (2009, p. 292), los derechos fundamentales son prerrogativas constitucionalmente aseguradas a los destinatarios, mientras que las garantías constitucionales son los medios aseguradores del ejercicio de los derechos fundamentales, las medidas introducidas por la Constitución para la efectivización de estos derechos.

La dignidad de la persona humana es uno de los principios fundamentales garantizados por el régimen democrático, tanto en la Argentina como en el Brasil, además de ser respetado y priorizado en las relaciones internacionales, teniendo prevalencia por el Estado federativo y, en caso de conflicto entre las normas de protección de la dignidad de la persona humana, deben prevalecer los principios que protejan mejor a la persona, es decir, el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona.

Se concluye que los derechos fundamentales son prerrogativas constitucionalmente aseguradas a los particulares, que consisten en un conjunto de principios y reglas destinadas a la realización del Derecho, y que los tratados y convenciones suscritos, destinada a consagrar la primacía y resguardar aún más estos derechos, en particular, la garantía del acceso efectivo a la justicia.

2.4. El acceso irrestricto a la justicia. La garantía de igualdad y la desigualdad económica

El derecho al acceso a la justicia y la asistencia a los necesitados se fue estableciendo gradualmente en todos los países, como España, Inglaterra, EE.UU. y Australia. En Inglaterra, en 1945, bajo el reinado de Enrique VII, el Parlamento aprobó una ley especial para garantizar el derecho a la asistencia jurídica y gratuita a los indigentes ante los tribunales del Common Law (BIRGIN; KOHEN, 2006, p. 15).

Pero, antes de eso, ya hay antecedentes de aplicación del derecho de acceso a la justicia en Inglaterra, como la Carta Magna del rey Juan de Inglaterra, incluso en el siglo XIII, siendo considerado un marco importante de la positivización del derecho humano de acceso a la justicia, y la ley de Habeas Corpus de 1679, que constituye una garantía judicial para proteger la libertad (SIERRA, 2012, p. 49).

Sierra destaca (2012, p. 49) que incluso en Inglaterra, en 1689, se publicó el *Bill of Rights*, que reafirmaba algunos derechos fundamentales, como el derecho de petición "que los súbditos tienen el derecho de petición al rey, siendo ilegales todas las prisiones y persecuciones contra el ejercicio de este derecho".

Para Sierra (2012, p. 50), durante el Estado liberal, el acceso a la justicia significaba solo el acceso a los tribunales, como el derecho a interponer una acción, sin preocuparse el Estado por las diferencias entre las partes, como la cuestión de la asistencia jurídica, de las costas del proceso o incluso de una decisión justa. Después de la llegada del Estado social, hubo una demanda para que el Estado pasase a actuar positivamente para garantizar los derechos fundamentales.

Con la Revolución Francesa, a finales del siglo XVIII, la asistencia jurídica comenzó a ser considerada un derecho político asociado a las ideas de igualdad ante la ley y la justicia, y en evolución junto con el Estado de bienestar social.

Posteriormente, según Brauner (2010, p. 71), en el siglo XIX (1851), le incumbió a Francia editar un Código de Asistencia Judicial que vino a inaugurar la nomenclatura, que todavía se utiliza en muchos países. En este contexto, el Ministerio Público (*Ministère Public*) abarca tres categorías: *Le gensduroy* que dieron inicio a los abogados del Estado; los defensores de la sociedad que gestaron la acusación pública y los defensores del *pauper*, que son los inicios de la Defensorías Públicas. Con el advenimiento del llamado *welfare state*, pasó a tener relevancia la lucha contra las desigualdades sociales y, por lo tanto, se adoptó, con carácter pionero, la adjudicación del patrocinio de los ciudadanos menos afortunados a los profesionales liberales mediante remuneración estatal, a través de una ley inglesa de 1949, llamada *Legal Aid and Advice Act*.

La Convención Americana de los Derechos Humanos¹²² también consagró el derecho al acceso a la justicia, al disponer en el artículo 16 que "la sociedad en la que no

122 Firmada en 1948, el artículo 8° de la Convención garantiza la asistencia jurídica disponer: "Art. 8°. [...] 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se demuestre legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...] e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado,

está asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de los poderes no tiene Constitución", lo que refuerza la idea del constitucionalismo, que ya estaba contenida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francés.

En el Brasil, la Constitución de 1988 amplió los derechos fundamentales y consagró, en esta lista, el derecho al acceso a la justicia al establecer, en el artículo 5º, inc. XXXV, que "la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial lesión o amenaza al derecho", evitándose, por lo tanto, la inamovilidad de la tutela del Estado.

En la Argentina, la Constitución nacional de 1994 consagró el derecho al acceso a la justicia y otorgó rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, creando herramientas para dar efectividad a estos derechos, caracterizando un compromiso del Estado con el bienestar de los ciudadanos, que según Birgin y Cohen (2016, p. 11) se denominó "concepción liberal igualitaria"; Birgin y Kohen dicen:

Como todo derecho, el acceso a la justicia requiere un sistema de garantías que posibilite su pleno ejercicio. En nuestro país, este derecho supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad. En otros términos, el Estado no solo debe abstenerse del goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo (BIRGIN; KOHEN, 2006, p. 17).

Desde esta perspectiva, es evidente que el libre acceso a la justicia y a todos los derechos y garantías vinculadas a ella está articulado en el campo de los derechos humanos y fundamentales de cualquier pueblo y que las restricciones en ese ámbito implican, sin esfuerzo, un ambiente de injusticias y desigualdad social manifiesta.

Conforme Saiach asienta (2015, p. 18), ningún estado moderno puede impedir ni limitar o condicionar este acceso, por el contrario, "debe incluso eliminar los obstáculos para que cualquier ciudadano, pobre o rico, pueda acceder a la Justicia (beneficio de pobreza o de litigar sin gastos), por eso decimos que es irrestricto".

remunerado o no, según la legislación interna, si el acusado no se defiende él mismo ni nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Sobre el tema, se extrae de la doctrina argentina un importante paso desarrollado por Valle (2006, p. 58) que asevera:

La satisfacción de derecho de acceso a la justicia es un requisito inherente a cualquier noción de ciudadanía e impone intensos compromisos a los poderes políticos, las entidades intermedias, la sociedad civil organizada, el Poder Judicial y las instancias supranacionales de protección de derechos humanos. Difícilmente podemos construir una sociedad libre de dominación mientras continuemos negando el acceso de determinados grupos a los centros de resolución de conflictos y reclamo de derechos. Si se acepta que el derecho es una herramienta de cambio social y que el Poder Judicial es el garante de su respeto, la falta de acceso a ellos nos dirige hacia un universo de injusticias.

Todavía son escasos los esfuerzos en este sentido y existe un amplio margen para la implementación de reformas, que no necesariamente involucran grandes costos económicos. Es hora de que los diferentes poderes del Estado, los órganos supranacionales y la sociedad civil asuman el rol que les cabe y que, dentro de sus esferas de actuación, promuevan un mayor y mejor acceso a la justicia.

Pero incluso consagrados los derechos, los textos normativos continúan siendo violados, por lo general, son declaraciones solemnes que hacen engañoso el lenguaje de los derechos y oscurece la diferencia entre los derechos reconocidos, reivindicados y protegidos. Y si una persona tiene la intención de ejercer los derechos garantizados por la Constitución, Birgin y Kohen destacan que "si por su posición económica, está imposibilitada de pagar la asistencia legal o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley [...]. Y más:

[...] los componentes del sistema legal no se agotan en las leyes, las regulaciones de diverso rango o jerarquía, las instituciones y los procedimientos, aspectos culturales y simbólicos constituyen otros importantes ingredientes del sistema legal: la cultura legal, la confianza en el

sistema, lo que las personas piensan y sienten, orientan sus conductas y actitudes en relación con la ley (BIRGIN; KOHEN, 2006, p. 186).

Es importante destacar que el acceso a la justicia no se resume a la mera posibilidad del ciudadano de acceder al sistema judicial (acceso a la justicia propiamente dicho), sino que también implica la propia consciencia de acceso a la justicia, con el más amplio conocimiento de los derechos involucrados (información acerca de las formas y garantías de acceso a la justicia), así como la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo.

Para Cintra, Grinover y Dinamarco (2003, pp. 34-35) son cuatro los elementos que crean obstáculos a la garantía del acceso a la justicia y al sistema jurídico justo; el primero se relaciona con la admisión del proceso debido a las dificultades económicas; el segundo, al modo de ser del proceso, la observancia del debido proceso legal y de las dificultades de las partes en dialogar con el juez; el tercero, en la justicia de las decisiones, y el cuarto, en la efectivización de las decisiones.

Conforme destaca Melo (2007, p. 6), para Watanabe (1988, p. 34), el concepto de acceso a la justicia es el acceso al ordenamiento jurídico justo, lo que permite al ciudadano el derecho a la información y el conocimiento adecuado del derecho sustancial y a la organización permanente de la investigación llevada a cabo por expertos, con la adecuación entre el sistema jurídico y la realidad socioeconómica del país. El acceso a la justicia debe ser organizado y formado por jueces insertados en la realidad social y comprometidos con el objetivo de lograr el orden jurídico justo, derecho a la ordenación previa de los instrumentos procesales capaces de promover la tutela efectiva de los derechos, derecho a la remoción de todos los obstáculos que se antepongan al acceso efectivo a la justicia con tales características.

En este sentido, cabe reproducir las enseñanzas de GUERARDI (2006, p. 133) cuando aclara que:

El acceso a la justicia, entonces, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados, aunque complementarios: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, esto es, que el sistema brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y necesariamente complementario de los aspectos anteriores, el

conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercerlos y hacerlos reconocer y, específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

Sucede que, en la práctica, distribuir de forma igualitaria la información, el acceso y la efectiva justicia es un trabajo arduo, incluso en los países desarrollados, dado que la desigualdad social, especialmente económica y cultural, aunque represente a una pequeña porción de la población, afecta directamente el ejercicio efectivo de los derechos relacionados con el acceso a la justicia.

Las garantías fundamentales, como el acceso a la justicia, en última instancia, representan una forma de hacer justicia social, evitando las desigualdades, especialmente, por la falta de recursos económicos, lo que afecta a la mayoría de la población brasileña y argentina.

En este contexto, según Hayek (1899, p. 82), la proclamación de la "justicia social" se convirtió en el argumento más utilizado en el debate político y el más eficaz. Casi toda reivindicación de la acción gubernamental en beneficio de grupos específicos se promueve en su nombre. Se discute si determinada medida es o no es exigida por la "justicia social". Pero casi nunca se cuestiona qué patrón debe guiar la acción política o que la expresión tenga efectivamente un significado definido. En consecuencia, es probable que no existan hoy movimientos retóricos de la política o los políticos profesionales que no apelen, de inmediato, a la "justicia social" en apoyo a las medidas específicas que defienden.

Hayek (1989, p. 82) afirma también que, aunque la expresión haya ayudado, a veces, a tornar el derecho más equitativo, todavía es dudoso que esta reivindicación de justicia en la distribución de la riqueza haya convertido, de alguna manera, a la sociedad más justa o reducido la insatisfacción. Por lo tanto, la dedicación a la causa de la "justicia social" se ha convertido, en efecto, en el principal medio de expresión de la emoción moral, el atributo distintivo de un hombre bueno, y la señal reconocida de la posesión de una consciencia moral (Hayek, 1899, p. 82).

Aunque las personas puedan, a veces, tener dificultad en decir cuáles de las reivindicaciones contradictorias presentadas en nombre de ese lema son válidas, prácticamente nadie duda de que la expresión tiene un significado definido, es decir, designe un ideal elevado y señale graves fallas en el ordenamiento social vigente que exige

reforma inmediata. Por lo tanto, la creencia prevaleciente en la "justicia social" es, probablemente, en estos días, la más grave amenaza para la mayoría de los valores de una civilización libre (Hayek, 1899, p. 83).

En el Brasil, la Carta Ciudadana brasileña, en consonancia con la evolución de los derechos humanos, afirma que el orden económico pretende "asegurar a todos una existencia digna" y de acuerdo con los dictámenes de la justicia social. Por lo tanto, es necesario que las personas que carecen de asistencia estatal utilicen los mecanismos que ofrece la Constitución para hacer valer sus derechos (MONTEIRO, 2013, p. 8).

En nuestro tiempo, el gran desafío para los gobernantes es la promoción social, política, económica y cultural en su plenitud, siendo efectivamente solidaria a los conceptos fundamentales de la justicia. En efecto, es imposible que haya justicia sin igualdad de oportunidades y libertad de elección del individuo.

Del mismo modo, el factor económico no puede suplantar derechos ya garantizados y consagrados, que se desarrollaron a lo largo de los años desde su primer marco en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, pasando después de la perspectiva liberal a la social y alcanzado el status de derechos fundamentales en la Constitución del Estado Democrático de Derecho.

Como ha señalado Ramos (2008, p. 34), la eficacia de los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho, está directamente vinculado a un sistema de garantías que permitan al ciudadano gozar de estos derechos, ya que "sin las garantías, los derechos fundamentales no pasarían de meros enunciados sin vinculación alguna necesaria".

Por lo tanto, como pone de manifiesto Costa (2011, p. 22), los derechos sociales deben ser protegidos en detrimento de la adhesión a normas fundadas en argumentos utilitarios con orientación predominantemente económica, como pretende Posner, en especial, por la forma utilitaria en la que se presenta el análisis Económico del Derecho.

Para Posner (2010, p. 37), la lógica del derecho debe ser visto a partir del análisis económico del derecho, adicionando la justicia distributiva al sentido de eficiencia, asentando que "la economía siempre podrá proveer un esclarecimiento del valor, mostrando a la sociedad lo que debe sacrificarse para alcanzar un ideal no económico de justicia", pues, en su opinión, "la demanda por la justicia no es independiente de su precio".

Esta idea ha sido criticada por Dworkin (2001, p. 356), que entiende que la riqueza social no es el único valor que debe ser buscado por los jueces, en este análisis del derecho

por la lógica de la economía, sino que los jueces deben alejarse de influencias políticas y económicas y contribuir a la promoción de la equidad.

Como en el proceso civil brasileño, la medición de la gratuidad en la Justicia se somete al análisis subjetivo de la necesidad de quien pleitea, es justo y, obviamente asentado en los patrones constitucionales, que el Estado, a través del poder decisorio del juzgador, no cuestione, por acto de oficio, la veracidad de tales pedidos, a menos que hubiera indicios de abuso.

Al hacerlo, surge como una especie de verificación previa de cierta alegación hecha por el jurisdicionado, sin que haya oposición por la parte contra la cual pretende demandar o ya está litigando.

El papel del Estado, en este caso, es un elemento indispensable para asegurar la preservación de la norma contenida en el artículo 5º, inc. LXXIV, de la Constitución Federal de 1988, según el cual "el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobaren insuficiencia de recursos", y del concepto fijado en el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, que dice "la persona natural o jurídica, brasileña o extranjera, con recursos suficientes para pagar las costas, los gastos procesales y los honorarios de abogados tiene derecho a la gratuidad de la justicia, de acuerdo con la ley". Entre sus tareas se encuentran, además de tratar de evitar que las solicitudes de asistencia jurídica o de justicia gratuita sean desatendidas de oficio, crear estímulos y buscar recursos para ampliar la red de atención jurídica gratuita.

Es necesario que los Estados inviertan en sistemas de gratuidad y amplio acceso, de las más variadas formas, para hacer valer las garantías tan consolidadas en los textos constitucionales. En cuanto a los criterios de concesión de estos servicios gratuitos de acceso a la justicia, se ve que la mayoría de los países adoptan la capacidad económica del propio solicitante y/o de su grupo familiar como parámetro para su concesión.

Pese a que hay un elemento económico ligado a la elección de los beneficiarios de la gratuidad, los ordenamientos jurídicos de todo el mundo terminan diferenciándose en algunos detalles o criterios que demuestran, en última instancia, qué elementos subjetivos, qué circunstancias personales se tienen en cuenta y, en realidad, que la concesión del libre acceso a la justicia no se produce ampliamente como debería ser, tampoco puede considerarse procedimiento simple y no invasivo.

Muy interesante e instructivo es el estudio realizado por el autor argentino Guerardi (2006, pp. 148-149) que, al analizar la experiencia internacional en el asunto,

evaluando los requisitos de concesión de gratuidad en España, Inglaterra, EE.UU. y Australia, trazó los principales puntos peculiares de cada legislación en esta materia, señalando que los criterios de elección para ofrecer los servicios gratuitos se basan, de manera casi exclusiva, en la capacidad económica de quien pleitea, o en el ingreso familiar, aunque esta condición no es tenida en cuenta cuando el objeto de la investigación está relacionado con el conflicto familiar. Como Guerardi señala (2006, pp. 148-149):

En España, por ejemplo, La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece específicamente que cuando los conflictos se refieran a problemas en los cuales los intereses familiares están contrapuestos, el ingreso familiar no será tenido en cuenta.

En Inglaterra, de acuerdo con las pautas de financiamiento de la ley vigente, el criterio de elegibilidad se basa en los ingresos del solicitante y la determinación aproximada de su "ingreso disponible": la cantidad de dinero utilizable una vez deducidos impuestos, cargos, etcétera.

Uno de los componentes del programa de servicios jurídicos vigente en Inglaterra tiende a brindar capacidad de autonomía a los interesados y para ello la información disponible por medios tecnológicos juega un papel importante. El sitio en internet www.justask.org.uk contiene una sección que permite calcular si la persona que consulta tiene posibilidades de calificar para la asistencia financiera del Estado, a fin de solventar los servicios jurídicos que requiera. Este cálculo depende de la materia de que se trate la consulta (asuntos generales, de familia, mediaciones, casos de insania o de migraciones, entre otros), de los ingresos que tenga la pareja del solicitante (aunque si la pareja es el oponente en la acción para la cual se busca asistencia, entonces sus datos son irrelevantes), del nivel del ingreso, la cantidad de hijos menores a cargo, la existencia de una pareja, entre otros aspectos.

Según Guerardi (2006, pp. 148-149), en los Estados Unidos, las normas federales que establecen los parámetros de la posibilidad de conceder la asistencia jurídica gratuita, para que los ciudadanos puedan solicitar la gratuidad de los servicios jurídicos, sus ingresos

no deben exceder 125% de la línea de pobreza, lo que merece críticas, como destaca Guerardi (2006, pp. 148-149):

Sin embargo, de acuerdo con opiniones relevadas en investigaciones de campo diseñadas para medir el nivel de necesidades jurídicas insatisfechas, el parámetro de ingresos establecido es muy bajo ya que aún las personas que se encuentran un 200 por ciento por encima de ese mínimo tienen ingresos tan bajos que no les permitirían contratar a un abogado en forma privada.

En Australia, los solicitantes de asistencia deben satisfacer dos criterios: carecer de los medios económicos necesarios para afrontar los costos y gastos legales, y cumplir con las normas de procedimiento establecidas (guidelines), relacionadas con el mérito del caso y las posibilidades de éxito. Sin embargo, estudios realizados en distintas regiones de ese país indican no todas las personas a quienes se ha denegado la asistencia jurídica gratuita dejaron de satisfacer estos criterios.

Lo que se ve es que las reformas llevadas a cabo en América latina no han conseguido revertir la situación de los más pobres y vulnerables que enfrentan obstáculos estructurales para acceder al sistema de justicia en igualdad. Es necesario llevar a cabo políticas públicas en materia de acceso a la justicia y combatir la pobreza (BIRGIN y COHEN, 2006, p. 22).

Los problemas de acceso a la justicia de los necesitados van más allá del factor económico, se suma incluso la percepción negativa que la población tiene del sistema judicial.

En el Brasil, varias instituciones proporcionan asistencia jurídica, como ser las Defensorías Públicas, oficinas, escuelas, universidades públicas y privadas y los Centros Judiciales de Resolución de Conflictos, CEJESC.

En la Argentina, la asistencia jurídica gratuita es también deficitaria, e igualmente realizada por diversas instituciones, tales como el Colegio de Abogados, facultades de Derecho Público y Privado, Defensor del Pueblo de la Nación, Ministerio Público de Defensa, pero no hay articulación entre ellos acerca del servicio que prestan.

Por último, vale la pena recordar que el acceso a la justicia no se agota en las atribuciones de las instituciones estatales. El papel desempeñado por las diversas organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales y la sociedad civil organizada, en general, es complementaria y esencial para un buen resultado en el ejercicio efectivo de estos derechos, sobre todo, debido a la proximidad que estos organismos poseen en relación con el público objetivo de esas garantías.

Al respecto, la doctrina argentina también destaca el siguiente pasaje, en el que Guerardi (2006, pp. 155-156.) afirma:

Otros actores son relevantes en la prestación de servicios jurídicos gratuitos de los distintos sistemas, aunque por distintos motivos. En los países desarrollados, las organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales se integran, muchas veces, al sistema general de servicios jurídicos en los casos en que el Estado brinda parte de sus servicios a través de estos organismos, que reciben, con ese propósito, su financiamiento, y a los que controla.

Hay diversas experiencias como las compensaciones por los gastos procesales en varios conglomerados de abogados, creándose, incluso, sectores específicos solo para satisfacer una demanda gratuita, ejerciendo la llamada abogacía *pro bonus*. Los procesos grandes y rentables cubren este costo. Esto también contribuye a aumentar el acceso a la justicia en el Brasil, lo que debe ser buscado constantemente ante la fragilidad social que aún mancha la economía nacional, reflejándose en la actividad jurisdiccional.

Por último, el ejercicio de la acción configura la participación efectiva del ciudadano al acceso a la justicia, como un derecho fundamental garantizado por las Constituciones brasileña y argentina.

3. LA CARGA ECONÓMICA DEL PROCESO: EL VALOR DE LA CAUSA EXAMEN COMO PARÁMETRO PARA EL COBRO DE LAS COSTAS PROCESALES

Desde que Aristóteles inició su celebrada e histórica lección, afirmando que el hombre es un ser gregario, no se puede relegar más la existencia del derecho en cualquier aglomerado humano, dado que donde hay sociedad hay derecho. Es inimaginable la existencia de una sociedad sin derecho. Es el principio de la *ubi societas ibi jus*¹²³. La razón de este binomio, sociedad/derecho, está volcada a las condiciones de vida en conjunto, las que están reguladas por el derecho, orientadas, guiadas e inspiradas en las necesidades sociales (SOUZA, 2011, p. 19).

El derecho es el termómetro controlador de la conducta social, reglándolo y regulándolo de acuerdo con cada sociedad. Desde cualquier ángulo o forma que se quiera ver el derecho, su propósito es siempre la de controlar el comportamiento en sociedad, funcionando como un método de control social, conforme sostiene Souza (2011, p. 19):

De nada serviría a la sociedad elegir y establecer su derecho propio y necesario, sin que hubiese medios o medidas para exigir su cumplimiento. Así es que, al seguir el derecho material, el que dicta las reglas que deben ser seguidas por todos, se creó un derecho práctico, actuante, para restablecer el derecho violado o despreciado y que pasó a llamarse derecho procesal.

[...] El derecho procesal, sin el derecho de acción carece de eficacia, no pasa de mero espectador de las violaciones que ocurren en el derecho material. También la existencia del derecho de acción, sin la existencia de la "acción propiamente dicha", seguiría siendo ineficaz, ya que este es uno de los medios para alcanzar el fin que es la protección del derecho (SOUZA, 2011, p. 20).

En esta perspectiva, como señala Souza (2011, p. 21), la acción es el elemento propulsor de todo el marco procesal para garantizar, de forma preventiva, el cumplimiento del derecho material o para restaurarlo después de incumplido, y "como todo derecho tiene su valor, entonces la acción debe acompañar el mismo valor del derecho que se

123 Significa donde está la sociedad está el derecho.

quiere proteger o restaurar. Por lo tanto, desde los tiempos más remotos, se han preocupado con la valorización de la causa".

El artículo 291 del Código de Procedimiento Civil dispone que a toda causa se le debe atribuir un valor, aunque esta no tenga un contenido económico inmediatamente calculable.

Para Marinoni (2012, p. 86), el valor de la causa es requisito obligatorio de la petición inicial, pudiendo ser legal o estimado. En la primera hipótesis, la ley fija los criterios; en la segunda, cabe al autor estimarla. Por lo tanto, el valor de la causa deberá ser preciso, exacto, aunque no sea calculable en el momento de interposición de la petición inicial, deberá ser al menos estimado. Es interesante resaltar, como señala Lira (2015), que esa exigencia es absolutamente comprensible, ya que de su atribución se generarán consecuencias sobre el proceso.

Como observa Lira (2015), las diferencias y semejanzas entre el valor de la causa y del pedido son muy sutiles y, aunque existen en la práctica, se convierten en casi imperceptibles, sin un análisis específico del tema. Y más:

En el sentido procesal, el valor de la causa es la suma pecuniaria que representa el valor del pedido, expresado en su petición inicial, será siempre económico, y el valor del pedido podrá ir más allá o por debajo del factor económico. Lo más relevante es que el valor de la causa y el pedido, consecuentemente con su valor oneroso o no, tendrán siempre que estar identificados en la petición inicial presentada por el autor del proceso (LIRA, 2015).

Así, para una mejor comprensión, es necesario abordar el concepto de valor de la causa, su importancia y consecuencias en el proceso.

3.1. La cuestión de las costas judiciales en el Brasil: la importancia del valor de la causa

El valor de la causa corresponde al valor de la demanda, que no significa el valor mediato de esa demanda, ni siquiera la causa pretendida aisladamente, sino la combinación de ambos; es decir, el valor de la causa es el valor de la relación jurídica de derecho material, en los límites del pedido.

La *causa* equivale al pleito expresado en un proceso que se desarrolla con el fin de obtener la tutela jurisdiccional. Aunque la causa aparezca con el sentido de acción, no debe confundirse con el derecho de acción, ya que este es abstracto, según el tenor del artículo 5º, XXXV, de la Constitución de la República. En consecuencia, la acción es la realización de este derecho, a través de la demanda, que es el acto concreto de solicitar la medida jurisdiccional al Estado, por el Poder Judicial (SOUZA, 2011, p. 25).

Al tratar sobre el valor de la causa, Souza (2011, p. 30) señala que no existe un concepto unívoco de valor y puede ser considerado de una forma económica o filosófica. En el primer caso, se compara el valor con el precio, se refiere al poder de intercambio o poder adquisitivo. En el segundo caso, y una mayor cobertura, se refiere a la valorización social, psicológica o subjetiva. Desde una perspectiva económica, el valor se ve de manera objetiva y, desde el punto de vista filosófico, de forma subjetiva. Para Souza (2011, p. 31), los objetivos de la vida estaban siempre dirigidos a los valores que la vida en común puede ofrecer. Entre esos valores está el valor objetivo y tangible y el valor subjetivo, imaginado y sentido, pero no materializado.

Amaral Santos (1976) señala, entre las finalidades del valor de la causa, la de servir como base para la fijación de la tasa judicial y base para la distribución de las costas y gastos del proceso, así como la reprobación de honorarios de abogado. Tucci (1929) abona este entendimiento al exponer que "se torna relevante, también, la fijación del respectivo valor, se presta el valor de la causa a la fijación de la tasa judicial, cuando sea exigible por las leyes locales de organización judicial" (SOUZA apud AMARAL SANTOS; TUCI, 2011, p. 52).

Ninguna acción puede omitir el valor de la causa, independiente-mente del rito procesal; además, la tasa judicial se cobra en razón del valor de la acción y no de la cantidad y la calidad del servicio prestado por el Poder Judicial. Barbosa Moreira (1983) enseña que "del punto de vista tributario, el valor de la causa es importante como base de cálculo en general adoptada para la puesta en marcha de la tasa judicial". Este propósito es palpable, pues la llamada tasa judicial inferior de ser tarifa o precio, es en realidad tributo (SOUZA apud BARBOSA MOREIRA 2011, p. 52).

La importancia tributaria debería servir incluso como un parámetro para mejorar aún más el sistema de gratuidad, trabajando las franjas de exención, con la prescindencia al jurisdicionado de la recolección de costas judiciales, de antemano, alcanzando cierta capa de la sociedad.

Sin embargo, se percibe que la tasa judicial se cobra teniendo en cuenta el valor de la causa, sin preocuparse por el beneficio real, ya sea del autor o de la parte demandada, aunque, sea notorio, a menudo, que los procesos relacionados a causas de pequeño valor y cuyas tasa son bajas, son incluso más complejos que numerosos procesos relacionados con las causas de valores elevados (SOUZA, 2011, p. 53).

Es más, el parámetro para la fijación de las costas judiciales tiene en cuenta solo la lista exhaustiva del artículo 292 de la Ley de Procedimiento Civil, que establece el valor de la causa de cada acción, sin tener en cuenta la complejidad, la demora en el trámite y el tiempo dedicado por las partes y por la maquinaria judicial para destrabar esa demanda.

Art. 292. El valor de la causa constará de la petición inicial o de la reconvencción y será:

I - en la acción de cobranza de deuda, la suma monetariamente corregida del principal, de los intereses por mora vencidos y de otras penalidades, si hubiera, hasta la fecha de presentación de la acción;

II - en la acción que tuviera por objeto la existencia, validez, cumplimiento, modificación, resolución, cancelación o rescisión del acto jurídico, el valor del acto o de su parte controvertida;

III - la acción de alimentos, la suma de doce (12) cuotas mensuales solicitados por el autor;

IV - en la acción de división, demarcación y reivindicación, el valor de evaluación del área o del bien objeto del pedido;

V - en la acción indemnizatoria, incluso la fundada en daño moral, el valor pretendido;

VI - en la acción donde hay acumulación de solicitudes, la cuantía correspondiente a la suma de los valores de todos ellos;

VII - en la acción en la que los pedidos son alternativos, el valor más alto;

VIII - en la acción en la que hubiera una pretensión subsidiaria, el valor del pedido principal.

§ 1º. Cuando se piden prestaciones vencidas y que vencen, se considerará el valor de unas y otras.

§ 2º. El valor de las prestaciones que vencen será igual a una cuota anual, si la obligación fuera por tiempo indeterminado o por tiempo superior a un (1) año, y si la duración fuera inferior, será igual a la suma de las prestaciones.

§ 3º. El juez corregirá, de oficio o por arbitraje, el valor de la causa cuando se verifique que no corresponde con el contenido patrimonial en discusión o ventaja económica perseguida por el autor, en cuyo caso se procederá al pago de las costas correspondientes.

A veces, una acción con valor de causa bajo podrá demandar una complejidad mucho mayor en su requisito material y ser mucho más onerosa para el Poder Judicial, tales como la realización de pericias, inspecciones, gran volumen de documentos, además de pruebas testimoniales. Esto solo se podría medir *a posteriori*, lo que compromete el sistema de evaluación de las costas vinculada al valor de la causa.

La tasa judicial calculada sobre el valor de la causa, en el acto de la presentación de la acción, sin importar el tiempo de duración, el número de audiencias o cantidad de actos procesales practicados, debilita el sistema procesal vigente, sin perjuicio de lo dispuesto el artículo 486124 del Código de Procedimiento Civil.

3.2. Las costas judiciales y la autonomía del Poder Judicial en la administración de los recursos

124 Art. 486. El pronunciamiento judicial que no resuelve el mérito no obsta que la parte proponga nueva acción. La petición inicial, incluso, no será despachada sin la prueba del pago o del depósito de las costas y de los honorarios de abogado.

La Constitución Federal brasileña de 1988, en su artículo 99, caput, prevé que "al Poder Judicial se le asegura autonomía administrativa y financiera". Por la determinación constitucional, los tribunales de justicia poseen autonomía en la autoadministración de sus recursos.

Actualmente, las costas judiciales son recolectadas directamente por el Poder Judicial y no por el Estado, como ocurría anteriormente, posibilitando de esa forma, la aplicación de los fondos recaudados en inversiones de costeo y mantenimiento de la estructura judicial, de forma totalmente independiente del Poder Ejecutivo, dejando en manos de este tan solo la obligación de pago de la nómina de servidores y otras inversiones necesarias (SILVA; BORGES, 2006).

Estos recursos que son destinados al Fondo de Renovación del Poder Judicial, FERJ, permite reformas en las unidades administrativas, la capacitación de funcionarios y magistrados, mediante la realización de cursos de formación, con la participación de diversas áreas de interés de los servidores y de la administración; todo ello sirve como factor de motivación para garantizar un servicio de calidad, a ser prestado por los empleados de la Justicia, al jurisdicionado que de ella necesita.

Como ejemplo de esa autonomía del Poder Judicial, en el Estado de Maranhão, la Ley estadual N° 9109/2009 dispone la actualización monetaria de las tablas de costas y honorarios, correspondiendo al Presidente del Tribunal, por acto administrativo, reajustar la tabla. Esto es lo que ocurrió en el segundo semestre de 2014, en el que el Presidente del Tribunal de Justicia de Maranhão¹²⁵, ad referendum del Plenario, determinó la actualización monetaria en 6,3338400% de los valores previstos en las tablas adjuntas a la Ley estadual N° 9109/2009. En el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará¹²⁶, el reajuste de la tabla de costas para el ejercicio de 2015 fue de 3,3390%.

En el estado de Maranhão, los costos judiciales son relativamente altas, e incluye varios parámetros para el cómputo de su cálculo, teniendo en cuenta, principalmente, el valor de la acción; para el cálculo del valor a ser pagado por la parte autora, se destacan: números de citaciones urbanas y rurales, gastos de franqueo, números de AR, contaduría, costas procesales, distribución y tasa judicial. Solo a modo de ejemplo, en el ítem 4.1.12 de la tabla IV, relativa al procedimiento ordinario, el costo de interponer la acción, cuyo valor de causa se halla entre R\$ 115.330,09 a R\$ 172.995,13, es R\$ 4.818,50. Sin embargo, al hacer

125 <http://www.tjma.jus.br>

126 <http://www.tjce.jus.br/?s=tabela+de+custas>

el cálculo de la acción, vía simulación en el TJMA127, las costas reales alcanzan R\$ 5.699,40, según sigue:

Parámetros informados:

Valor de la Acción *R\$ 172.995,13*

Nº Citaciones urbanas: *1*

Nº Citaciones rurales: *0*

Nº de AR: *1*

Resultado del cálculo:

7.1 Contabilidad *R\$ 147,10*

4.1 Costas procesales *R\$ 4.818,50*

6.1 Distribución *R\$ 3,40*

Ley nº 7799/02 Tasa judicial *R\$ 690,00*

11.1.1 Citaciones/Intimaciones urbanas *R\$ 26,70*

AR Gastos de franqueo *R\$ 13,70*

TOTAL: *R\$ 5.699,40*

El Consejo Nacional de Justicia viene intentando uniformizar el valor de las costas en los Estados, pero que aún no tuvo éxito. De acuerdo con la noticia publicada en el sitio web del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará¹²⁸ (Brasil, 2015), el CNJ decidió poner fin a "discrepancias absurdos" en la cobranza de costas judiciales por los tribunales de todo el país:

El objetivo es uniformizar la tabla de valores a través del proyecto de ley, cuyo texto se encuentra en estudio. El Mapa del Departamento de Investigaciones

127 <http://www.tjma.jus.br/simuladorCustas/custas/grau/1/opcao/9>

128 <http://www.tjce.jus.br/noticias/cnj-decide-impor-tabela-unica-para-custas-judiciais/>

Judiciales, vinculado a la CNJ, revela que el usuario que procura la Justicia es blanco de "distorsiones" y se ve obligado a desembolsar grandes sumas de dinero. Las costas son los gastos de expedición y tramitación de la causa, es decir, de los actos que las partes realizan o requieren, desde el principio del proceso hasta la sentencia. Es el precio resultante de la prestación de la actividad jurisdiccional.

El CNJ produjo una tabla comparativa de valores estimados en situaciones hipotéticas y se verificó, por ejemplo, que en el curso de una causa de R\$ 2.000 la cantidad percibida en concepto de costas en Sao Pablo es de R\$ 82,10. En Ceará, el desembolso llega a R\$ 610,99. La causa de R\$ 100.000 en Amapá a R\$ 1.569,67 solo en tasas y, en Paraíba, queda en R\$ 5.190,50. Una demanda de R\$ 50.000 en Alagoas impone R\$ 876,22 al bolsillo del contribuyente; en Piauí, R\$ 2.374,31.

De acuerdo con el asesor Jefferson Louis Kravchychyn del Consejo Nacional de Justicia¹²⁹, "cuanto más pobre el Estado, más caro paga el usuario". Esta es una verdad lamentable. También afirma que:

Las legislaciones sobre costas a menudo son poco transparentes. Cada Estado dispone del régimen de costas a su manera, muchas veces, a través de gran número de documentos legales y de mecanismos de cálculo que no son siempre de asimilación rápida y fácil.

3.2.1. Costas procesales

La cobranza de costas judiciales es un costeo específico y más allá del pago de los impuestos ya debido a la sociedad en general, aquel que pretenda demandar en la Justicia, debe enfrentar los costos del Poder Judicial, salvo algunas excepciones.

129 www.cnj.jus.br

La fijación de las costas procesales comprende bases tarifarias, cálculos inflacionarios, además de los costos del propio funcionamiento de la Justicia, tratando de servir de sustento presupuestario más allá del natural, derivadas de los propios impuestos.

Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar, de forma simultánea, sobre las costas procesales, conforme fija el artículo 24, inciso IV¹³⁰ de la Constitución Federal, concediendo a los tribunales la responsabilidad por gestionar su recaudación y su asignación exclusiva para sostener las actividades forenses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 98, párrafo 2° de la Carta Política.

El concepto de "costas" viene del latín *constare*, que significa 'costear', 'tener el precio', 'tener el valor'. En el lenguaje forense, costas procesales, *lato sensu*, son los gastos necesarios para la tramitación del procedimiento. Incluyen las costas judiciales, las costas extrajudiciales, la tasa judicial y otros gastos del proceso y a veces incluso emolumentos. La costa procesal es género, de la cual son especies las costas extrajudiciales, la tasa judicial y las costas judiciales (SILVA; BORGES, 2006, p. 2).

El concepto de costas, tasas y emolumentos para Diniz (2013, p. 93) puede definirse como siendo las costas las tasas remuneratorias autorizadas por la ley y "cobradas por el poder público como consecuencia de los servicios prestados por los empleados de la justicia para la realización de los actos procesales y emolumentos debidos al juez". Estas costas, por regla general, son pagadas por la parte vencida, por el principio de regulación de honorarios. Los emolumentos¹³¹ son:

1. Tasa. 2. Contribución pagada por el que se favorece de un servicio proporcionado por repartición pública. 3. Retribución pagada a empleados públicos por el ejercicio de su cargo, además del salario normal que recibe, ante el hecho de haber ejecutado actos judiciales o extrajudiciales, notariales, etc. 4. Gratificación. 5. Lucro eventual de dinero.

Emolumentos relativos a los actos practicados por los servicios notariales y de registro: son los fijados por el Estado y el Distrito Federal, conforme su costo efectivo y la adecuada y suficiente remuneración de los servicios

130 Art. 24. Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: [...] IV - costas de los servicios forenses: [...].

131 http://producaojuridica.blogspot.com.br/2012/05/qual-diferenca-entre-custas-emo_lumentos.html.

prestados, teniendo en cuenta la naturaleza pública y el carácter social de los servicios notariales y de registro.

Tasa Judicial: cantidad estipulada para el pago de las costas procesales.

La naturaleza jurídica de las costas judiciales, extrajudiciales y tasa judicial es considerada por el Supremo Tribunal Federal como "tasa", que ya fue incluso, objeto de Acción Directa de Inconstitucionalidad¹³² interpuesta por el Consejo Federal de la Asociación de Abogados del Brasil, en la que el Supremo Tribunal Federal así se manifestó:

Al momento de la Enmienda Constitucional n° 1/69, juzgando la Representación N° 1094-SP, el Plenario del Supremo Tribunal Federal firmó un entendimiento en el sentido de que las costas y los emolumentos judiciales o extrajudiciales, por no ser precios públicos, pero sí tasas, no pueden tener sus valores fijados por decreto, están sujetos al principio constitucional de legalidad (párrafo 29 del artículo 153 de la Enmienda Constitucional n° 1/69), garantía esta que no puede ser ladeada por delegación legislativa (RTJ 141/430, juzgamiento ocurrido el 8/8/1984). 2. Orientación que reiteró el 20/4/1990, en el juzgamiento del RE n. 116208-MG. 3. Esta comprensión persiste, bajo la vigencia de la Constitución actual (de 1988), cuyo art. 24 establece la competencia concurrente de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal para legislar sobre costas de los servicios forenses (inciso IV) y cuyo art. 150, en el inc. I, prohíbe a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, la exigencia o aumento de tributo sin ley que lo establezca. 4. El art. 145 admite la cobranza de tasas, debido al ejercicio del poder de policía o por el uso efectivo o potencial de servicios públicos específicos y divisibles, prestada al contribuyente o puesta a su disposición. Este concepto abarca no solo las costas judiciales, sino también las extrajudiciales (emolumentos), pues estas resultan igualmente de servicio público, aunque prestado en carácter particular (art. 236). Pero siempre fijadas por la ley (BRASIL, 2003).

132 ADI n° 1444, de 12/2/03. Relator Ministro Sidney Sanches.

Las costas procesales corresponden al precio o al gasto inherente al uso o a la prestación del servicio público de justicia. La prestación de la actividad jurisdiccional, a cargo del Poder Judicial, el servicio público remunerado, dejando a las partes la carga de enfrentar los gastos procesales (REINALDO FILHO, 2012).

Por lo tanto, las costas judiciales o procesales corresponden genéricamente al precio de la prestación del servicio público de justicia en los tribunales, es decir, en cada proceso judicial (PORTUGAL, 2014).

Es de destacar que, en el proceso, se practican una serie de actos, algunos a cargo de los litigantes y otros a cargo de los jueces y auxiliares que generan un costo financiero en el proceso. Este debe ser soportado por las partes, salvo cuando se benefician por la asistencia judicial gratuita proporcionada por el Estado a través de las Defensorías Públicas, o por la gratuidad de la Justicia. Para Reinaldo Filho (2012), la atribución del pago de las costas a las partes tiene origen en la imposibilidad del Estado de asumir todos los gastos relacionados con la administración de Justicia.

Nótese que las costas judiciales representan un costo del servicio para el que pretende demandar en el Poder Judicial, y se destina como instrumento de autofinanciamiento y capacitación técnica del sistema judicial.

Por lo tanto, las costas procesales se pueden definir como las cantidades pagadas al Poder Judicial por la práctica del acto procesal. Así, las costas son los gastos fijados por ley, en un reglamento, que se forman con la promoción o la realización de actos forenses, procesales o de registros públicos, y los que se cargan a la parte vencida en la demanda (REINALDO FILHO, 2012).

De hecho, de acuerdo con Reinaldo Filho (2012), las costas se cobran a las partes conforme la previsión legal, incluyendo la tabla de valores de los actos procesales. Las costas debidas a la Unión, en razón de la actuación de los órganos del Poder Judicial Federal, se rigen por ley federal, votada por el Congreso nacional y promulgada por el Presidente de la República. Y el cobro y pago de las costas en las causas presentadas ante la Justicia estadual, y que sirven para remunerar a los servicios judiciales de los Estados, se rigen por la legislación estadual respectiva, dado que la competencia para legislar sobre costas fue atribuida concurrentemente a la Unión y los Estados por la Constitución Federal.

Las costas de las partes engloban las costas procesales y los gastos procesales efectuados en el curso del proceso, pero no contemplados por el servicio judicial, como

los honorarios del perito, remuneración del traductor, intérprete, evaluador, depositario, gastos notariales y de franqueo, o incluso el resarcimiento de diligencias promovidas por el Oficial de Justicia, mientras que las costas en sentido estricto, representan la formación y finalización del proceso. Sin embargo, al final de la demanda, todos los gastos incurridos en el proceso serán reembolsados por el perdedor.

Por otra parte, la garantía en el acceso a la Justicia no puede depender únicamente de aquellos que pagan para utilizar los servicios prestados por el Poder Judicial, bajo pena de crear un sistema sectario en el que solo los económicamente activos podrían pretender la protección judicial de sus intereses.

Tal vez por eso, aliado a otros factores que impiden el acceso a la justicia, Santos (2013, p. 205) sostuvo que "la consagración constitucional de nuevos derechos económicos y sociales y su expansión paralela al del Estado-Providencia transformó el derecho al acceso a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuyo denegación arrastraría a todos los demás". Es decir, estos nuevos derechos no son meras declaraciones políticas, de contenido y función mistificadoras.

Para Santos (2013, p. 206), una vez analizados los antecedentes y las condiciones de contribución sociológica al derecho, para profundizar las complejas interacciones entre el derecho procesal y la administración de justicia, por una parte, y la realidad social y económica en la que operan, se constató en Europa Continental, como obstáculos económicos en las sociedades capitalistas, que los costos de litigar eran muy altos y este costo aumentaba en la proporción en la que bajaba el valor de la causa.

La cuestión del acceso a la justicia es la que relaciona proceso civil y justicia social. La sociología de la administración de justicia también se ha ocupado de los obstáculos sociales y culturales para el acceso efectivo a la justicia por parte de las clases populares, y este es uno de los campos más innovadores de discurso. Para Santos (2013, p. 209), la riqueza de los resultados de las investigaciones sociológicas en el campo del acceso a la justicia no puede dejar de reflejarse en las innovaciones institucionales y de organización que se fueron llevando a cabo para minimizar las discrepancias escandalosas verificadas entre la justicia civil y la justicia social. En el momento histórico en el que la antropología convergía teórica y metodológicamente con la sociología, el impacto de estos estudios sobre la sociología del derecho fue enorme.

Según Santos (2013, p. 219), las reformas que buscan la creación de alternativas constituyen hoy una de las áreas de mayor innovación en la política judicial. Su objetivo es crear, en paralelo a la administración de justicia, nuevos mecanismos de solución de

controversias, cuyos rasgos constitutivos tienen grandes similitudes con los estudiados originalmente por la antropología y la sociología del derecho.

Para Mancuso (2011, p. 336), la jurisdicción nunca fue monopolizada por el Estado, pues a lo largo del tiempo, los medios y los agentes acreditados para evitar conflictos "detonados al interior de la comunidad, un resquicio se encuentra en la figura del juez de paz (CF art. 98, II), lamentablemente hoy subutilizado".

Mancuso (2011, p. 337) también resalta que la notoria crisis numérica de procesos desarrolló órganos y agentes parajurisdiccionales, volcados a la solución extrajudicial de los conflictos "que conducen al gradual reconocimiento de que la jurisdicción no es distintivo exclusivo del Estado, sino por el contrario, asiste a todo agente, órgano e instancia capaz de prevenir o resolver, a tiempo, una crisis inminente o ya instalada".

De la misma manera, Beneti afirma que "la solución justa de la controversia, tanto puede proceder de la jurisdicción legal, monopolio del Estado, como puede concretarse por otros instrumentos de resolución de conflictos, aunque todos busquen la realización de la justicia" (MANCUSO ápuD BENETI, 2011, p. 337).

Como se ha observado, las costas se deben siempre a aquellos que pretenden demandar una tutela jurídica proporcionada por el Estado-juez, sin embargo, hay excepciones, en las que el ciudadano queda libre de pagarlas.

3.2.2. La exención de pago de las costas

Las costas judiciales son los gastos necesarios para el procesamiento del hecho judicial, se cobrarán de acuerdo con la naturaleza del proceso y la especie del recurso, con sus valores fijados en las tablas de costas de los Estados y podrán actualizarse anualmente y hacerse públicas a través del Diario Oficial de cada ente de la Federación (SILVA; BORGES, 2006, p. 3).

Las costas se deben a todos los casos presentados, salvo si la parte solicitante fuera beneficiada por la asistencia judicial gratuita o la gratuidad de la Justicia, en las hipótesis previstas en la Ley N° 1060/50 y en el Código de Procedimiento Civil.

El nuevo Código de Procedimiento Civil del Brasil, que entró en vigor el 18 de marzo de 2016¹³³, establece normas para la concesión de asistencia jurídica a las personas necesitadas, asistidas por la Defensoría Pública¹³⁴, que no poseen condición económica, y la justicia gratuita¹³⁵, que comprende la exención de los honorarios y costas¹³⁶ por simple declaración, en la petición inicial, de que no están en condiciones de pagar las costas del proceso y los honorarios de abogado, sin perjuicio propio o de su familia¹³⁷.

Sucede que, en la práctica, esto crea un obstáculo, ya que tanto la Ley N° 1060/50 como el nuevo Código de Procedimiento Civil no establecieron parámetros objetivos, quedando pues, a criterio subjetivo del juzgador, la concesión o no de la justicia gratuita, a pesar de que el Superior Tribunal de Justicia tenga entendido de que basta la simple declaración de la parte de que no posee condiciones financieras para costear el proceso, para gozar del beneficio:

PROCESAL CIVIL. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. ART. 4º, § 1º DE LA LEY N° 1060/50. DECLARACIÓN DE LA PARTE. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD.

1. El art. 4º, § 1º, de la Ley N° 1060/50 determina que la concesión de asistencia jurídica gratuita se evalúa mediante la declaración de la parte de que no tiene condiciones de soportar los gastos procesales.

2. Esta declaración posee presunción de veracidad, correspondiendo al demandado la carga de probar que el autor no se encontraba en estado de miseria jurídica.

3. En las instancias ordinarias quedó establecido que la mera alegación de que el autor no está exento del pago de impuestos sobre la renta no es capaz

133 Este código revocó algunos dispositivos de la Ley N° 1060/50.

134 Arts. 185 a 187.

135 Es importante diferenciar una vez más la Asistencia jurídica gratuita y el beneficio de ña justicia gratuita. De la lección de Pontes de Miranda (1987, p. 642) se extrae: "El beneficio de la justicia gratuita es derecho de dispensa provisoria de gastos, ejercitable con relación jurídica procesal, ante el juez que promete prestación jurisdiccional. Es instituto de derecho preprocesal. La asistencia jurídica es la organización estatal o paraestatal, que tiene por fin, junto a la dispensa provisoria de gastos, la designación de abogados. Es instituto de derecho administrativo".

136 Art. 98.

137 Art. 99, §3º.

de anular la presunción legal de veracidad de tal declaración. Incidencia del Pronunciamiento n. 7/STJ.

4. Agravio regimental desestimado. (AgRg en Ag 1172972/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TURMA QUINTA, juzgado el 20/10/2009, DJe 7/12/2009) (BRASIL).

El artículo 4° de la Ley N° 1060/50138, artículo 5°, inciso XXXV, de la Constitución de la República, en los términos de la lenta jurisprudencia, según la cual "concesión mediante simple declaración, por la parte, de que no tiene condiciones de soportar el pago de las costas —inteligencia del art. 4° de la Ley N° 1060/50, que no entra en conflicto con las disposiciones del artículo 5°, LXXIV de la CF" (TRF, 1ª Región en RT 746/403), es suficiente para que la parte postulante obtenga el beneficio. Esos dispositivos se complementan.

El acceso a la justicia como uno de los presupuestos garantistas del desarrollo incluye el autorreconocimiento de los jurisdicionados, de los que son titulares, ante la ley y de acuerdo con los preceptos contractuales. Junto a esto, debe ser preservado el reconocido acceso a los tribunales, que, a su vez, juzguen con precisión y rapidez las demandas les son presentadas, protegiendo a las minorías, sin duda, garantiza que la ley también proteja sus derechos, preservando los derechos difusos y colectivos sin jamás relativizar la seguridad y la coherencia de sus decisiones excesivamente, solo de acuerdo con intereses sociales y económicos de la ocasión.

La justicia gratuita, basada tanto en la Ley N° 1060/50 como en el Código de Procedimiento Civil, delega al juzgador el triaje valorativo sobre la capacidad económica de aquel que la postula, estando la jurisprudencia inclinada a sugerir que la concesión del beneficio ocurra en el momento en que se alega; no puede el juez desestimarla de oficio.

Además, la gratuidad concedida en los actos judiciales se debe extender a todos los actos procesales, sean costas o gastos procesales, hasta la efectiva conclusión, es decir, cubriendo los actos practicados incluso en el foro extrajudicial.

138 Este artículo fue revocado recientemente, el 18/3/2016, con la entrada en vigor del nuevo Código de Proceso Civil, siendo sustituido por el párrafo 3° del artículo 99 de esa legislación procesal, disponiendo "se presume verdadera la alegación de insuficiencia deducida exclusivamente por persona natural".

Se insiste que no habrá perjuicio para el Fondo de Modernización del Poder Judicial, FERJ, dado que, al final del proceso, siendo vencedora la parte actora, el demandado deberá pagar las costas y, si finalmente fue vencido el requirente, podrá pagar al final, si su situación financiera se estabiliza, conforme lo dispuesto en el artículo 98, párrafo 3° del nuevo Código de Procedimiento Civil¹³⁹.

Sin embargo, cuando no se concede este beneficio, genera para la parte postulante una dificultad en el acceso a la justicia, ya que se ve imposibilitada de ingresar en ella para tener su derecho reparado.

3.3. La carga económica del proceso como obstáculo para el acceso a la justicia

El requisito de las costas judiciales que, en su mayoría, son de alto valor y el empeño para un efectivo acceso a la justicia son dos posiciones estatales que se contraponen. Así, los servicios judiciales, que son proporcionados por el Estado, revierten en un obstáculo para el acceso a la justicia, dado que la mayoría de la población no tiene condiciones para financiar el proceso, lo que lleva, a veces, a desistir de la solución del conflicto a través de la prestación jurisdiccional (LONGO; LONGO, 2010).

Conforme destaca Saiach (2015, p. 64) es cierto que todo proceso tiene una finalidad esencialmente económica, aunque esta no sea su único propósito, pero la mayoría de las reclamaciones termina con un resarcimiento de daños y perjuicios que importa en valor económico. Uno de estos costos es, precisamente, la tasa de justicia.

El costo del proceso, en particular, el pago de costas iniciales para el ingreso con la acción, así como los gastos de abogados y gastos para la producción de pruebas, representan un obstáculo efectivo para el acceso a la justicia.

Como destaca Marinoni (2011, p. 189), es evidente que el costo del proceso representa un serio impedimento para la garantía y efectividad de los derechos, pudiendo impedir al ciudadano interponer la acción, es decir, por razones financieras, una proporción

139 Párrafo 3°. Vencido el beneficiario, las obligaciones procedentes de los honorarios legales quedarán en condición suspensiva de exigibilidad y solamente podrán ser ejecutadas si, en los 5 (cinco) años siguientes a la condena firme de la sentencia que las certificó, el acreedor demostrara que dejó de existir la situación de insuficiencia de recursos que justificó la concesión de gratuidad, extinguiéndose, pasado ese plazo, tales obligaciones del beneficiario.

significativa de los ciudadanos, tanto en el Brasil y como en la Argentina pueden verse obligados a renunciar a sus derechos.

Cappelletti (1988, p. 32) analizó el costo del proceso en varios países, que consta en el informe conocido como Proyecto Florencia. Es evidente que esta realidad afecta al jurisdicionado brasileño, siendo un serio obstáculo para el acceso a la justicia, como destaca Didier (2016, p. 20) "en la medida que segrega a los que no tienen suficientes recursos financieros para hacer frente a los costos de un proceso judicial" ni tienen cómo contratar un profesional habilitado para presentar en juicio, en su nombre, el derecho violado.

Se entiende que el acceso a la justicia está directamente relacionado con el principio de la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, al tener como objetivo la valorización del hombre en sus más diversos sectores y orígenes, a través de la actitud de poner la técnica en pos de la preservación de la dignidad del hombre, la ciencia procesal no es una estructura estéril, desprovista de cualquier uso práctico. El acceso a la justicia consiste en permitir que el ciudadano ejerza derecho de acción, con respecto a su dignidad (SILVA, 2004, p. 61).

El instituto de Acceso a la justicia es esencial para la dignidad de la persona humana, elemento sin el cual este principio deja de tener fundamento. Es también a través del acceso efectivo a la justicia que se materializan los derechos. Por lo tanto, el obstáculo que se crea al acceso a la justicia constituye una verdadera agresión al principio de la dignidad de la persona humana. En este contexto, el acceso a la justicia es el derecho del ser humano de buscar lo justo, que se traduce en el real derecho fundamental supranacional, destinado a lograr la justicia social y un ordenamiento jurídico justo (LONGO; LONGO, 2010).

La Constitución Federal consagra en su artículo 5º, inciso XXXV, el acceso a la justicia como derecho fundamental, por el que deben ser proporcionados al ciudadano los medios que posibiliten su acceso y la duración razonable del proceso. Este derecho fundamental, como ya se ha señalado, tienen un gran énfasis en las palabras del GRECO (2003, p. 56):

En el Estado Democrático Contemporáneo, la eficacia real de los derechos constitucional y legalmente asegurados depende de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, ya que sin ella el titular del derecho no dispone de la protección necesaria del Estado para su pleno goce. La tutela jurisdiccional

efectiva, por tanto, no es solo una garantía, sino ella misma, también, un derecho fundamental, cuya eficacia irrestricta es preciso asegurar, con respecto a la propia dignidad humana.

Es de destacar que la asistencia gratuita debe concederse si el solicitante cumple las condiciones para su aprobación. Araken de Assis (1998, p. 21), al analizar el tema, dice:

El derecho mencionado recibe numerosas designaciones. Ellas carecen de importancia. Su tónica crece en el carácter universal. "Comenzando por las personas naturales, desde la concepción hasta la muerte, y alcanzando las personas jurídicas; los nacionales y los extranjeros; y hasta entes despersonalizados (art. 12, III, IV, V, VII y IX), todos pueden invocarlo sin excepciones".

[...] Ahora, el art. 5º, LXXIV, de la CF/88, no distingue entre personas físicas y jurídicas, en el marco de la asistencia jurídica, que es más completa que la gratuidad. Y la circunstancia de que el dispositivo se sitúa dentro de los derechos y garantías individuales nada significa, porque el art. 5º se aplica a ambos indistintamente, incluso protegiendo a las personas jurídicas de la interferencia estatal (inc. XVIII) y de la disolución obligatoria (inc. XIX).

Es cierto que subsiste el deber de pago de las costas judiciales, en virtud del movimiento del aparato jurisdiccional, correspondiendo a los necesitados, declarados por la ley como tal, la exención del deber legal de soportar la carga financiera de un proceso judicial, es decir, las costas judiciales, los gastos procesales y los honorarios de abogados (SARAIVA, 2014).

Dentro de este análisis, se desprende que los procesos de relevante aspecto económico, que implican grandes cifras, deberían soportar una buena parte de la instancia de cobro de las costas judiciales, lo que permite el ambiente más irrestricto de exención entorno de las causas económicamente modestas.

Para Saraiva (2014), el sistema jurídico brasileño emplea el llamado principio de sucumbencia, que establece la obligación de pago por la parte vencida (actor o reo) de las costas procesales y honorarios de abogados a favor de la parte vencedora. Por lo tanto, las

costas procesales, los honorarios de abogados, de peritos y la carga de la sucumbencia son los costos que, no es raro, desmotivan la interposición de acciones judiciales y, a veces, incluso la presentación de defensas procesales.

Por lo tanto, las costas judiciales pueden generar un obstáculo al acceso a la justicia, en contra de la garantía del artículo 5º, LXXIX, de la Carta Política.

No es suficiente que la concesión de la gratuidad de la Justicia quede a criterio subjetivo del juez; es un acto discrecional del magistrado ante la falta de criterios objetivos establecidos tanto en la Ley N° 1060/50 como en el nuevo Código de Procedimiento Civil, que a veces dificulta al ciudadano el ingreso a un juicio para procurar la protección de su derecho violado.

Por lo tanto, con el fin de facilitar el acceso a la justicia, cuya extensión no es posible predecir de manera abstracta, en el nuevo Código de Procedimiento Civil, se adoptaron algunas soluciones factibles, tales como la posibilidad de la concesión parcial de la gratuidad procesal, el pago en cuotas¹⁴⁰ o incluso que sea diferido hasta el final del proceso. Otra posibilidad es la adopción de los parámetros establecidos por la Ley N° 9289/1996, que fija el valor de las costas judiciales de la Justicia Federal, que son muy inferiores a las de la Justicia estadual. Otra alternativa es la estandarización de las costas judiciales cobradas por los Estados, que ha sido considerada por el Consejo Nacional de Justicia (LONGO; LONGO, 2010).

El derecho de acceso a la justicia, sin importar del obstáculo económico, como el pago de las costas judiciales, es un derecho fundamental garantizado por la Carta Magna. Por lo tanto, cada individuo tiene garantizado formalmente el acceso a la tutela estatal y ese acceso a la jurisdicción es más que un derecho, es una conquista. Sin embargo, en el Brasil, el alto valor de las costas y su disparidad entre los Estados constituye uno de los factores inhibidores del acceso a la justicia en su plenitud.

De hecho, todos los derechos demandan costos, como alertan Sunstein y Holmes (2012, pp. 34-38) para quienes "el cálculo de los costos de los derechos puede amenazar la realización de los derechos cuyos costos se calculan".

Esta realidad del alto valor cobrado por las costas judiciales ha sido motivo de preocupación por el Consejo Nacional de Justicia, y en particular, por el grupo de abogados, en sus diferentes seccionales en el país, tales como la Asociación de Abogados

140 Art. 98, §§ 5º y 6º del nuevo Código de Proceso Civil.

de la Seccional de San Pablo que, en 2015, trató de reducir las costas judiciales en ese Estado por medio de una Acción Directa de Inconstitucionalidad, ADI.

3.3.1. ADI busca excluir aumento de costas judiciales

El Colegio de Abogados del Brasil, en su seccional de San Pablo presentó ante el Tribunal de Justicia de San Pablo (TJSP) una Acción Directa de Inconstitucionalidad, ADI, Proceso N° 2208372-95.2015.8.-26.0000, con solicitud de medida cautelar, para que sea suprimido el inciso II del artículo 4° de la Ley estadual N° 15.855/2015, que aumentó la tasa judicial. De acuerdo con la norma, al entrar en vigor el 1° de enero de 2016, la tasa legal sufrirá un reajuste del 2% al 4% sobre el valor de la causa en caso de apelación y de recurso de adhesión, o en los procesos de competencia originaria del TJSP, así como en los recursos de reconsideración (TRIBUNA DO DIREITO, 2015, p. 10).

De acuerdo con la Tribuna do Direito (2015, p. 10), el presidente¹⁴¹ de la seccional paulista, considera que el incremento afecta directamente a la población al aportar mayor restricción de carácter financiero, al acceso a la justicia y al doble grado de jurisdicción, declarando "tenemos que recordar que el acceso a la justicia es un derecho fundamental garantizado por la Constitución del Brasil y debe tener costo justo para todos". Haciendo hincapié en que los abogados también se ven afectados, ya que el aumento de las costas perjudica la prestación de justicia en la fase de apelación de los procesos.

De acuerdo con el presidente de esa Seccional, el reajuste ni siquiera favorece al Poder Judicial, ya que los ingresos resultantes de las costas no han sido destinados totalmente a la Justicia, no cumpliéndose, incluso, la expresa determinación del artículo 98142, párrafo 2°, de la propia Constitución.

Del mismo modo, el Presidente de la Comisión de Derecho Tributario de esa Seccional¹⁴³, advierte que el aumento de la tasa judicial perjudica a la Constitución del Estado de San Pablo, contrariando los artículos 160, párrafo 1°, en cuanto a respetar la

141 Marcos da Costa.

142 Art. 98. La Unión, en el Distrito Federal y en los Territorios, y los Estados crearán: [...] § 2° Las costas y emolumentos serán destinados exclusivamente al costeo de los servicios afectados a las actividades específicas de la Justicia.

143 OAB/SP, Presidente Jarbas Machioni.

capacidad económica del contribuyente, y 163, incisos 2º y 4º, por instituir un tratamiento desigual y utilizarlo con efecto de confiscación (TRIBUNA DO DIREITO, 2015, p. 10).

En la acción directa de inconstitucionalidad, ADI, se destacan varios factores y datos que demuestran el daño a las partes con el aumento de las costas judiciales, señalando que hay numerosos casos sin resolver, en la primera instancia, alcanzando más del 33% de las causas, es decir, más de un tercio de los jurisdicionados solo consiguen resolver sus disputas en la instancia de apelación. No obstante que los entes públicos son los principales usuarios del Poder Judicial, con un 51% de los procesos, pero no pagan costas judiciales (TRIBUNA DO DIREITO, 2015, p. 10).

La seccional del Estado de San Pablo, en un intento de impedir la aprobación de la ley, tomó varias providencias, mandó oficio a todos los diputados estaduais pidiendo la no aprobación del entonces Proyecto de ley Nº 112/2013144, se reunió con los líderes de la Asamblea Legislativa de San Paulo para discutir el tema, oficiaron al gobernador Geraldo Alckmin, explicando que el tema del presupuesto del Poder Judicial debía ser abordado en la discusión del Presupuesto General del Estado, confirmando que "las tasas ya fueron fuertemente incrementadas en 2003, perjudicando a los demandantes en su pleno acceso a la Justicia" (TRIBUNA DO DIREITO, 2015, p. 10).

Sin embargo, como fueron infructíferos todos los medios utilizados en el intento de suspender el aumento de las costas judiciales en el Estado de San Pablo, se recurrió a la justicia a través de una ADI. Como se ve, el alto costo del proceso, mediante el pago de las costas judiciales es una preocupación real, no solo de los doctrinarios, sino también de las entidades y órganos colegiados.

En 2016, la Asociación de Abogados del Estado de Ceará interpuso la ADI Nº 5470 ante el Supremo Tribunal Federal, debido al aumento exorbitante de las costas judiciales para el ejercicio 2016, alegando que el incremento estaba alcanzando al 280% más, violando el derecho al libre acceso a la justicia y al principio de no confiscación.

El ministro Teori Zavascki, del Supremo Tribunal Federal (STF), concedió una medida cautelar para suspender la eficacia de los dispositivos de la ley del Estado de Ceará que establecen nuevos valores en las costas judiciales. En la decisión, el Ministro destacó que ese incremento afrenta el derecho al libre acceso al Poder Judicial, porque "existe un

144 Proyecto que modifica el inc. II del art. 4º de la Ley nº 11.608/2003.

riesgo real de daño irreparable con el mantenimiento de las costas en los niveles actualmente vigentes" (BRASIL, 2016).

Para una mejor comprensión, se transcriben las tablas con los valores practicados en 2015 y los previstos en la nueva ley, en el año 2016, de la siguiente manera:

Como se puede percibir, la carga económica del proceso es muy alta y crea, a veces, un obstáculo para el acceso a la justicia porque el ciudadano no consigue soportar el elevado costo del proceso.

Preocupado por esta estadística, el Consejo Nacional de Justicia, CNJ, creó un grupo de trabajo encargado de proponer parámetros para la fijación de costas procesales, procurando encontrar una solución que satisfaga a los jurisdicionados sin perder de vista que los tribunales precisan de fuente de recursos¹⁴⁵.

3.4. El tema de la tasa de justicia en la legislación comparada, en la Argentina

La legislación de la Argentina también prevé el pago de los costas para el ingreso en juicio, contemplando parte del jurisdicionado, en especial, a los más necesitados y que se encuentran de manera objetiva alcanzados por la defensa patrocinada por el Estado, a través del Ministerio Público de la Nación y del Defensor del Pueblo, dispuestos en los artículos 43 y 86 de la Constitución Argentina, incluyendo la concesión del beneficio de litigar sin gastos.

Según Falcón (2013, p. 955) la tasa de justicia es distinta de todos los demás impuestos, cuya imposición por el Estado es por el servicio de la jurisdicción. A nivel nacional, la Ley N° 23.988 regula los procesos en los tribunales nacionales de la Capital Federal y los tribunales nacionales en las provincias. La mayoría de los plenarios los fue adoptando, otros excluyéndolos, por lo que pocos se encuentran actualmente en vigor.

El funcionamiento de las costas judiciales en la Argentina o comúnmente llamada tasa de Justicia, se basa en la Ley N° 14.653 que actualmente sigue el ejercicio en el año fiscal de 2015¹⁴⁶.

145 Conforme explicó el consejero del CNJ Jefferson Kravchychyn.

146 <http://www.scba.gov.ar/informacion/tasa.asp>.

En la referida ley, el artículo 81 refiere a la exposición de los valores a ser ejecutados para efectivizar el pago de los servicios de justicia, conforme al tipo de juzgamiento a realizarse.

Por lo tanto, trae al presente los valores establecidos por la Ley N° 14.653 (año fiscal 2015), publicada en el Diario Oficial N° 27.445 (19/12/2014).

Según lo previsto en el artículo 81, a título de retribución por los servicios de justicia, en cualquier clase de juicio por sumas de dinero o valores económicos o en el que se disputen derechos patrimoniales o incorporables al patrimonio, la tasa será:

a) Si los valores son determinados o determinables, a veinte mil 220 ‰

b) La imposición resultante de acuerdo con lo dispuesto en el número anterior no puede ser inferior a diez y seis pesos, \$ 16.00

c) Si los valores son indeterminados, dieciséis pesos, \$ 16.00

En este último caso, si se determina posteriormente una cantidad más alta para la aplicación del impuesto proporcional, se pagará la diferencia.

Esta tasa es común en los procesos judiciales, tales como la acción ejecutiva, judicial de disolución de empresas, división de condominio, separación de bienes, ejecución de sentencias, medidas cautelares, requerimientos, topografía, demarcación, invalidez y rescisión de contratos, acciones judiciales o dar cosas para hacer, registro de hipotecas, pedido de usucapión, litigio constitucional, contencioso administrativo, mediación, ejecuciones especiales, desalojos, reorganización, quiebra, liquidación administrativa, concurso público.

El artículo 82 de dicha ley expone la naturaleza jurídica de los procesos judiciales en los que se tributarán tasas/costas:

Art. 82. En los procesos judiciales que figuran a continuación se tributarán las siguientes tasas:

a) Árbitros y amigables componedores. En los juicios de árbitros y amigables componedores, cincuenta por ciento (50%) de la tasa prevista en el artículo 81 de la presente.

b) Autorización a incapaces. En las autorizaciones a incapaces para adquirir o disponer de sus bienes, veintisiete pesos, \$ 27,00.

c) Divorcio:

1) Cuando no hubiere patrimonio o no se procediere a su disolución judicial, se tributará una tasa fija de ciento cincuenta y seis pesos, \$ 156,00.

2) Cuando simultáneamente o con posterioridad al juicio, se procede a la disolución de la sociedad conyugal, tributará además, sobre el patrimonio de la misma, el diez por mil, 10‰.

d) Oficios y exhortos. Los oficios de jurisdicción extraña a la Provincia y los exhortos, treinta y seis pesos, \$ 36,00.

e) Insania. En los juicios de insania, cuando haya bienes se aplicará una tasa del diez por mil, 10‰.

f) Registro Público de Comercio:

1) Por toda inscripción de matrícula, actos, contratos y autorizaciones para ejercer el comercio, setenta y ocho pesos, \$ 78,00.

2) En toda gestión o certificación, dieciséis pesos, \$ 16,00.

3) Por cada libro de comercio que se rubrique, dieciséis pesos, \$ 16,00.

4) Por cada certificación de firma y cada autenticación de copia de documentos públicos o privados, en los casos que corresponda según el inciso 9) del artículo 343 del Código Fiscal -Ley nº 10.397 (T.O. 2011) y modificatorias, treinta y tres pesos, \$ 33,00.

g) Protocolizaciones. En los procesos de protocolizaciones, excepto de los testamentos, expedición de los testimonios y reposición de escrituras públicas, veintisiete pesos, \$ 27,00.

Esta tasa se abonará aun cuando se ordenara en el testamento, mandato, o en el especial de protocolización.

h) Rehabilitación de concursados. En los procesos de rehabilitación de concursados, sobre el importe del pasivo verificado en el concurso o quiebra, el tres por mil, 3 ‰.

i) Sucesorios. En los juicios sucesorios, el veintidós por mil, 22 ‰.

j) Testimonio. Por cada foja fotomecanizada que se expida simple o certificada, un peso con cincuenta centavos, \$ 1,50.

Todo oficio o resolución que ordene la expedición de fotocopias exentas de tasa de justicia, deberá estar legalmente fundado.

k) Justicia de Paz Letrada. En las actuaciones de competencia de la Justicia de Paz Letrada, se pagarán las tasas previstas en el presente Título.

El artículo 83 disciplina cómo se operan las costas en la Justicia Criminal en Buenos Aires y los casos en los que los valores de las costas serán tributables.

En la justicia criminal, cuando corresponda hacerse ejecutiva de conformidad con la respectiva ley, se debe tributar en las causas correccionales ciento cuarenta y tres pesos (\$ 143,00), y en las penales, doscientos noventa y seis pesos (\$ 296,00). La presentación de la parte damnificada tributará la tasa de setenta y ocho pesos (\$ 78,00).

Cuando las acciones están destinadas a la reparación del daño civil, se tributará de acuerdo con las disposiciones del artículo 81.

El artículo 84 establece que el importe de la tasa general de desempeño para los servicios de la Administración Pública no dependerán del número de fojas usadas, además de fijar el dispositivo una tasa mínima en el caso de los servicios sujetos a retribución proporcional: "De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Título VI del Código Fiscal, Ley N° 10.397 (texto ordenado 2011) y modificatorias, se fija en la cantidad de veintidós pesos (\$ 22,00)".

Es decir, la tasa general de actuación para archivo con servicios y organismos de la Administración Pública, con independencia del número de fojas utilizadas; en los servicios sujetos al pago proporcional, una tasa mínima de retribución de veintidós pesos (\$ 22,00).

4. LA GRATUIDAD DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL BRASIL

En el Brasil, hay dos institutos que, aunque diferentes, acaban por confundirse en la práctica forense, que es la Justicia gratuita, que posee dogmática procesal comprendida por la exención total de las costas judiciales y, junto a ella, la asistencia jurídica gratuita, que es un servicio organizado por el Estado para proporcionar acceso a la justicia a través de órganos vinculados al Poder Ejecutivo, como por ejemplo, la Defensorías Públicas.

Como destaca Minotto (2014, p. 3), la asistencia jurídica gratuita es el derecho de la parte de tener un abogado del Estado gratuito, así como estar exento de todos los gastos y las tasas procesales. Y la justicia gratuita es el derecho a la gratuidad de las tasas judiciales, costas, emolumentos, gastos de avisos, honorarios de peritos, es decir, no tendrá la parte un abogado proporcionado por el Estado, pero no pagará los gastos del proceso.

La asistencia jurídica incluye asistencia judicial, con patrocinio gratuito de la causa por un abogado proporcionado por el Estado, ya sea por la Defensorías Públicas, sea por las entidades paraestatales con convenios o no con el Poder Público, como los Centros de Práctica de las Universidades Públicas y Privadas, mientras que la justicia gratuita solo abarca la gratuidad procesal, es decir, la exención del pago de costas, emolumentos y gastos procesales, incluyendo tanto las que son debidas al Estado como las reclamaciones de terceros, como los honorarios de los peritos (MINOTTO, 2014, p. 3).

Por lo tanto, es fácil percibir que garantizar el acceso a la justicia no significa necesariamente establecer una justicia totalmente financiada por el Estado, en comparación con los servicios públicos de salud y educación.

Para Cappelletti, Garth (2002, p. 8), el acceso a la justicia no es solo franquear el ingreso del individuo en la justicia, sino, sobre todo, darle conocimiento de sus derechos, con el asesoramiento jurídico adecuado, a fin de permitir el uso de instrumentos procesales que la ley dispone, en busca de resultados justos. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de los más relevantes, dado que tutela los demás derechos.

Conscientes de esta importancia, el Supremo Tribunal Federal admitió la vigencia tanto del Instituto de la justicia gratuita, como el de la asistencia jurídica gratuita, como elementos válidos para mejorar el acceso a la Justicia en el sistema constitucional brasileño, al fijar que la garantía de la asistencia jurídica integral del artículo 5º, LXXIV, a los que

comprobaren insuficiencia de recursos no revocó la de asistencia jurídica gratuita a los necesitados de la Ley N° 1060/50. Para su obtención basta la declaración hecha por el propio interesado de que su situación económica no le permite ingresar en el juicio sin detrimento de su subsistencia o el de su familia, teniendo en cuenta que la norma infraconstitucional (Ley N° 1060/50) se pone, por otra parte, dentro del espíritu de la Constitución, que desea que se facilite el acceso de todos a la justicia (BRASIL, RE 205746).

El Tribunal Superior de Justicia también resguarda el derecho al acceso a la justicia, confrontándolo con los institutos de garantías ya previstos y usuales, tratando de diseñar criterios más objetivos para aplicar los institutos vigentes, *rectius*, justicia gratuita y asistencia jurídica gratuita, tratando de mitigar los elementos de subjetividad excesivamente considerados, habiendo resuelto en diversas sentencias que la concesión de asistencia jurídica a las personas cuyo "ingreso mensual sea superior a 10 salarios mínimos podrá ser concedida si los elementos existentes sugieren que el pago de las costas perjudicará "el sustento propio o de la familia del solicitante" (BRASIL, Resp 1317175/SC).

4.1. Fundamentos constitucionales y fundamentos legales

La asistencia jurídica integral y la justicia gratuita se encuentran previstas en la Constitución Federal, en el artículo 5°, inciso LXXIV, y en el nuevo Código de Procedimiento Civil, artículos 98 a 102 y 185 a 187 como un deber del Estado a los que demuestren insuficiencia de recursos. Este es un derecho público subjetivo garantizado a todo aquel que compruebe que su situación económica no le permite pagar los honorarios de abogados y gastos procesales, sin perjuicio de su propio sustento o el de su familia (MINOTTO, 2014, p. 3).

El acceso a la justicia, amplio, garantizado como un derecho fundamental, republicano y democrático, no necesariamente confronta con la definición y aplicación de las costas procesales; no puede ser identificada como la única responsable de la dificultad encontrada por el ciudadano ordinario en lograr la solución de un conflicto, pues, además de significar un elemento esencial para la recaudación de recursos que solventen los procesos, si se cobra de manera isonómica, termina por generar elementos de perfeccionamiento de las relaciones socioeconómicas, ampliamente consideradas.

La exégesis jurisprudencial, además de revelar cómo la Justicia brasileña y argentina se vienen comportando sobre el tema aquí propuesto, trae la regla de que el respeto al acceso a la justicia se equipara a otros derechos y garantías fundamentales que no pueden mitigarse dentro de un Estado democrático y de derecho, bajo pena de comprometer la propia realización de la ciudadanía y el respeto por la vida humana. Reconocido en diversos tratados internacionales, el acceso a la justicia es un derecho fundamental y está instituido en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, constando en el artículo 18, al disponer:

Art. 18. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

De la misma forma, dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre del mismo año: Todo ser humano tiene derecho a recibir de los tribunales nacionales competentes un remedio efectivo para los actos que violen los derechos fundamentales que le sean reconocidos por la constitución o por la ley.

Donde ya hay exención de costas, como en el caso de la Justicia Electoral, incluso se discute la asistencia jurídica gratuita para los casos en los que los interesados no tengan cómo pagar a sus respectivos abogados, creando un sistema que intenta justamente corregir el aparente estado de violación isonómica, mientras que no se discute un sistema específico de cobranza de costas procesales en ese campo especializado de la Justicia. Se fija a la Defensoría Pública de la Unión como responsable del ejercicio de la asistencia jurídica gratuita, pero se pondera la ausencia de estructura específica para el desempeño de tal menester, exclusivamente en lo que respecta al pago de los honorarios de abogados; no comprende, por lo tanto, cualquier discusión acerca de las costas procesales, que, como ya se ha visto, están exentos totalmente en esa Justicia específica. En este sentido, la jurisprudencia manifiesta:

De la lectura de los referidos dispositivos legales, se infiere que cabe a la Defensoría Pública de la Unión la prestación de asistencia jurídica a los

necesitados ante la Justicia Electoral. Sin embargo, la Defensoría Pública de la Unión no cuenta aún con la estructura necesaria para el ejercicio de sus funciones en todo la cobertura de la legislación anterior, según ha informado el TRE/SP. (Proceso Administrativo N° 20236, sentencia de 8/5/2012, Relator (a) Min FATIMA NANCY ANDRIGHI, publicación: DJE, Diario de Justicia Electrónico, tomo 122, fecha 29/6/2012, p. 91) (BRASIL).

Por último, como bien advierten Cappelletti y Garth (2002, pp. 163-164), la búsqueda desenfrenada para lograr totalmente el acceso a la justicia, sin medir las consecuencias de que la falta de control o instrumentos confiables de realización de la justicia pueden socavar la fundamentación de los principios que rigen la cuestión, creando distorsiones que pueden intensificar los conflictos sociales e incentivar aún más la litigiosidad, en lugar de mejorar los métodos de resolución de conflictos ya existentes.

Así, consideramos la preocupación marcada por Cappelletti y Garth de que "el peligro mayor que tenemos en cuenta en toda esta discusión es el riesgo de que los procedimientos modernos y eficientes abandonen las garantías fundamentales del proceso civil", principalmente, "la de un juez imparcial y del contradictorio". En este contexto, es necesario reconocer los problemas potenciales, para que se pueda utilizar los procedimientos adecuados para la solución de controversias.

La plena asistencia jurídica, a saber, la asistencia jurídica gratuita en todas las esferas, patrocinada por el Estado, a través de las Defensorías Públicas estatales y federales con protección constitucional, creado por la Ley Complementaria N° 80 de 1994 para cumplir con las disposiciones del artículo 5°, LXXIV, de la Constitución Federal de 1988, "el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobaren insuficiencia de recursos", y recientemente incluida en el nuevo Código de Procedimiento Civil, la cual "ejercerá la orientación jurídica, la promoción de los derechos humanos y la defensa de los derechos individuales y colectivos de los necesitados, en todos los grados, de forma integral y gratuita"¹⁴⁷.

Los centros de práctica jurídica de las universidades, con convenios con las Defensorías Públicas también prestan un servicio gratuito, y así como ellas, gozan de algunas prerrogativas, entre las que se destacan el hecho de no someter al tamiz subjetivo del juzgador la concesión de la asistencia jurídica gratuita. Esto se debe a que el criterio y

147 El artículo 185 del NCPC trata la Defensoría Pública y la regula en los artículos 186 y 187.

los presupuestos¹⁴⁸ de análisis del asistido son realizados por la propia Defensoría Pública o por los órganos con convenio para prestar ese servicio.

Por lo tanto, el análisis a seguir, en este capítulo, se reduce a la justicia gratuita patrocinada por el abogado particular, la cual está determinada en los artículos 98 a 102 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

4.2. El criterio subjetivo en la concesión de la gratuidad

La Ley N° 1060/50 que se ocupa de la asistencia jurídica gratuita y del beneficio de la gratuidad de la justicia carece de criterios objetivos para su concesión. El nuevo Código de Procedimiento Civil, que regula esta materia permaneció con esta omisión, dejando al criterio subjetivo del juzgador el análisis acerca del otorgamiento o no de la gratuidad de la justicia. Sin embargo, la jurisprudencia consolidada orienta en cuanto a que la simple afirmación del estado de hiposuficiencia es capaz de llenar el vacío; es suficiente para conceder la gratuidad de la justicia.

Sin embargo, en la práctica, por ser criterio subjetivo, queda a cargo del juez el análisis caso por caso, al no ser unánime el otorgamiento, según la orientación del Superior Tribunal de Justicia, de que la simple declaración es suficiente para lograr el solicitante el beneficio de la gratuidad de la justicia.

En este sentido, el sistema presenta distorsiones en la medida en que no completa las definiciones de isonomía o igualdad procesales, bajo cuya percepción cobrar costas de aquellos que posean la capacidad para hacerlo se ajusta a la exención para aquellos debajo de un cierto nivel de ingresos, objetivamente considerado, pues, según Cappelletti y Garth (2002, p. 21):

Las personas u organizaciones que posean recursos financieros considerables para ser utilizados tienen ventajas obvias en interponer o defender demandas. En primer lugar, pueden pagar para litigar. También pueden,

¹⁴⁸ En promedio, la Defensoría Pública del Estado atiende a personas con ingresos de hasta 3 salarios mínimos, equivalente a R\$ 2.640,00 a la vez que la Defensoría Pública de la Unión tiene como parámetro el valor del ingreso familiar menor que el límite de exención del Impuesto a la Renta, actualmente de R\$ 1.637,11.

soportar las demoras del litigio. Cada una de estas capacidades, en manos de una de las partes, puede ser un arma poderosa; la amenaza de litigio se vuelve tan plausible como efectiva.

Es justo, por lo tanto, en este contexto, sostener que las costas procesales, además de instrumento de autofinanciamiento y capacitación técnica del sistema judicial, sirven como una herramienta de equilibrio entre aquellos que no posean capacidad económica para soportar la carga de las demandas judiciales, además del necesario gasto con abogados y documentación, y los que tengan suficiente condición financiera a quienes se les impide valerse de la exención, objetivamente reglamentada.

Por la falta de criterios en la Ley N° 1060/50, en una sentencia de 2013, el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región consolidó el entendimiento jurisprudencial predominante, estableciendo el criterio objetivo para el beneficio de la asistencia jurídica gratuita a los necesitados, previsto en la Ley N° 1060/1950, a la declaración de pobreza y percibir ingresos mensuales netos inferior a diez salarios mínimos. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia declaró que este criterio carece de objetividad, ya que no tiene respaldo legal, incluso, ni se basó en el entendimiento del Supremo Tribunal Federal, que considera que la situación de pobreza debe observar, como criterio objetivo, el límite de ingreso mensual de exención del impuesto sobre la renta, correspondiendo probar al interesado, a través de documentos, que sus salarios no superan el citado límite (GASTALDI, 2016, p. 1).

La Corte Especial del Superior Tribunal de Justicia del Brasil, máximo órgano para la consolidación de la jurisprudencia patria, consolidó la interpretación sobre la concesión de gratuidad de la Justicia, la que debería resultar de un análisis eminentemente objetivo, bastando alegar y demostrar superficialmente por quien la demanda, pero termina siendo permisiva con el subjetivismo, así:

En consonancia con el entendimiento de la Corte Especial la justicia gratuita puede concederse a la persona física mediante una simple declaración de hiposuficiencia, correspondiendo a la parte contraria impugnar tal solicitud.

Sin embargo, el juez de la causa, a la vista de las pruebas existentes en los autos, o incluso de las que, por su iniciativa, se recogen, puede denegar el beneficio, en cuyo caso no hay manera de que revise su decisión en recurso especial, a tenor del Precedente N° 7 de esta Corte. (AgRg en EREsp

1232028/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, Corte especial, juzgado el 29/8/2012, DJe, 13/9/2012) (BRASIL).

No se podría permitir, bajo pena de distorsión del sistema, que el criterio eminentemente subjetivo suplantase elementos normativos técnicos y específicos, como el de tener un ingreso familiar igual o inferior a veinte (20) salarios mínimos, aproximándose bastante al sistema ya presente en los Tribunales Especiales, pero al mismo tiempo, exigiendo que la parte sea asistida por un abogado, que pueda ser o no remunerado por el Estado, en función de las circunstancias de la causa, sin que esté necesariamente vinculado a algún órgano, como las Defensorías Públicas, o un registro, como los llamados "dativos".

El financiamiento de esta situación es lo que se resiste a una serie de cuestionamientos, razón por la cual se tiende a vincular los sistemas de gratuidad judicial a la exención de costas con la prescindibilidad de abogados, factor que, a su vez, compromete la calidad de la eficiencia y de la corrección en la aplicación de la norma, al mismo tiempo que ataca directamente el fundamento constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Política del Brasil, que dispone que el abogado es indispensable para la administración de la justicia.

En este sentido, como ha señalado Santos (1986, pp. 18-19), existe la necesidad de una investigación sistemática y empírica sobre los obstáculos para el acceso efectivo a la justicia por las clases populares, en la búsqueda de proponer soluciones.

4.3. Procedimiento: momento para solicitar el beneficio

El Código de Procedimiento Civil brasileño recientemente reformado se ocupó de la gratuidad de la Justicia, en un capítulo propio, al derogar en parte la vetusta Ley N° 1060/50, poniendo fin, de una vez, cualquier duda sobre la posibilidad de concesión de la justicia gratuita a aquellas personas que no son patrocinadas por la Defensoría Pública u órganos participantes; por lo tanto, establece ese derecho, independientemente del patrocinio, siempre que se satisfagan los requisitos. Tanto la persona física como la jurídica

pueden ser alcanzadas por el beneficio de la gratuidad de las costas, honorarios y otros gastos judiciales¹⁴⁹, como indemnización de testigos, exámenes periciales, honorarios de peritos y otros, como exige el artículo 98 de la ley procesal de referencia.

149 La función del artículo 98 del NCPC no es taxativo, sino ejemplificativo, es decir, puede alcanzar otros gastos en el proceso, que será analizado caso por caso. Consta en la lista del artículo 98 las siguientes categorías alcanzadas por la concesión de la justicia gratuita:

Art. 98. La persona natural o jurídica, brasileña o extranjera, con recursos suficientes para pagar las costas, los gastos procesales y los honorarios de abogados tienen derecho a la gratuidad de justicia, en la forma de ley.

§ 1 La gratuidad de la justicia comprende:

I - los honorarios o las costas judiciales;

II - los sellos postales;

III - los gastos de publicación en la imprenta oficial, prescindiéndose de la publicación en otros medios de comunicación;

IV - la indemnización debida al testigo que, cuando es empleado, recibirá del empleador el sueldo completo, como si estuviese en el servicio;

V - los gastos por la realización del examen de código genético, ADN, y otras pruebas que se consideran esenciales;

VI - los honorarios del abogado y del perito y la remuneración del intérprete o del traductor nombrado para la presentación de la versión en portugués del documento escrito en idioma extranjero;

VII - el costo con la memoria de cálculo cuando sea exigida para la instauración de la ejecución;

VIII - los depósitos previstos por la ley para interposición de recurso, por propuesta de acción y para la práctica de otros actos procesales inherentes al ejercicio de la amplia defensa y del contradictorio;

IX - los emolumentos debidos a notarios y registradores por la práctica de registro, anotación o cualesquiera otros actos notariales necesarios para la ejecución de la decisión judicial o la continuidad del proceso judicial en el que se concedió el beneficio.

§ 2. La concesión de la gratuidad no excluye la responsabilidad del beneficiario por los gastos procesales y por los honorarios legales derivados de su sucumbencia.

§ 3. Vencido el beneficiario, las obligaciones derivadas de su sucumbencia quedarán en condición suspensiva de exigibilidad y solo podrán ser ejecutadas si, en los cinco (5) años siguientes a la decisión firme e inapelable que las certificó el acreedor demuestra que dejó de existir la situación de insuficiencia de recursos que justificó la concesión de la gratuidad, extinguiéndose, pasado ese plazo, tales obligaciones del beneficiario.

§ 4. La concesión de la gratuidad no exime de la obligación de pagar al beneficiario al final, las multas procesales que le sean impuestas.

§ 5. La gratuidad podrá concederse respecto de alguno o de todos los actos procesales, o consistir en la reducción porcentual de los costos procesales que el beneficiario tuviere que adelantar en el curso del procedimiento.

§ 6. En su caso, el juez podrá conceder el derecho al pago en cuotas de los costos procesales que el beneficiario tuviere que adelantar en el curso del procedimiento.

Así, conforme lo expresan Didier y Oliveira (2016, p. 21), el beneficio de la justicia gratuita es la suspensión de la anticipación de las costas judiciales, en un sentido amplio, es decir, "su objetivo es evitar que la falta de recursos financieros constituya un obstáculo insuperable para acceder a la justicia", ya que el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental garantizado por la Constitución brasileña.

Complementando el derecho de acceso a la justicia, el artículo 99, también del nuevo Código de Procedimiento Civil, dispone sobre el momento en el que se puede solicitar el beneficio:

Art. 99. El pedido de gratuidad de la justicia puede formularse en la solicitud inicial, en la contestación, en la petición para el ingreso de tercero en el proceso o en el recurso.

§ 1°. Si sobreviene a la primera manifestación de la parte en la instancia, el pedido podrá hacerse por simple petición, en los autos del propio proceso, y no suspenderá su curso.

§ 2°. El tribunal solo podrá denegar la solicitud si hubiera en los autos elementos que evidencien la falta de requisitos legales para la concesión de la gratuidad, debiendo, antes de rechazar la solicitud, determinar a la parte la comprobación del cumplimiento de los referidos presupuestos.

§ 3. Se supone cierta la alegación de que no deducido exclusivamente por persona física.

§ 4°. La asistencia del solicitante por abogado privado no impide la concesión de gratuidad de la justicia.

§ 7. Se aplica lo dispuesto en el art. 95, §§ 3° a 5°, el costo de los emolumentos previstos en el § 1°, inciso IX del presente artículo, observada la tabla y las condiciones de la respectiva ley del estado o del distrito.

§ 8. En la hipótesis del § 1°, inciso IX, habiendo duda fundada en cuanto al cumplimiento real de las condiciones para la concesión de la gratuidad, el notario o registrador, después de practicar el acto, puede solicitar al tribunal competente para decidir cuestiones notariales o registrales, la revocación total o parcial del beneficio o su sustitución por las cuotas de que trata el § 6° de este artículo, en cuyo caso el beneficiario será citado para en 15 (quince) días, manifestarse sobre ese requerimiento. 150 Art. 98, incisos I a IX, §1°, del NCPC.

En cuanto a la gratuidad de la justicia, el procedimiento previsto en el nuevo Código de Procedimiento Civil determina que la petición sea hecha en el proceso en el que se pretende obtener el beneficio; puede formularse en la solicitud inicial, en la contestación, en la petición para el de tercero en el proceso o en el recurso.

Si el proceso ya estuviere en curso y la parte ya se hubiere en él manifestado, aún podrá requerir el beneficio, por simple petición en los mismos autos, es decir, la gratuidad podrá ser invocada en cualquier momento del proceso. Tanto la persona física como la jurídica, nacional o extranjera, puede solicitar este beneficio, así como el demandante y el demandado de la acción.

El otorgamiento del beneficio depende de una solicitud específica; el juez puede modificar sus efectos y concederlo parcialmente, de conformidad con el artículo 98, §§ 5º y 6º, del Código de Procedimiento Civil, que determina:

§ 5º. La gratuidad podrá concederse respecto de alguno o de todos los actos procesales, o consistir en la reducción porcentual de los gastos procesales que el beneficiario tuviere que adelantar en el curso del procedimiento.

§ 6º. Según el caso, el juez podrá conceder el derecho al fraccionamiento de los gastos procesales que el beneficiario tuviere que adelantar en el curso del procedimiento.

Según lo indicado por Neves (2016, p. 15), la gratuidad de la justicia es un derecho personal, no se extiende a litisconsortes o sucesores del beneficiado, "si tales sujetos desean obtener igual prerrogativa procesal deberán realizar el debido requerimiento y comprobar el cumplimiento de los requisitos para su concesión".

4.3.1. Concesión o denegación del beneficio: sus efectos

La gratuidad comprende las costas y tasas judiciales, sellos postales, gastos de publicación en la imprenta oficial, indemnización debida al testigo y los gastos por exámenes considerados esenciales, como el examen del código genético, ADN, los honorarios del abogado y del perito, la remuneración del intérprete o del traductor, así

como los emolumentos que deben pagarse a los notarios y registradores, en caso de registro¹⁵⁰.

Al analizar el pedido para la concesión de gratuidad, por falta de criterios objetivos en la legislación, el magistrado decidirá libremente de acuerdo con su convicción, según sea el caso concreto, debiendo, sin embargo, observar las disposiciones del artículo 99, § 3º, que dice que "se presume verdadera la alegación de insuficiencia deducida exclusivamente por persona física".

Conforme destaca Donizetti (2015, p. 88) prevalece en los tribunales patrios el entendimiento de que la concesión del beneficio está condicionada a la declaración de la parte de que no posee los recursos financieros para costear el proceso, sin perjuicio de su manutención o el de su familia. También resalta Donizetti (2015, p. 88) que:

El NCPC no desentona con este entendimiento jurisprudencial, a la vez que presume verdadera la alegación de insuficiencia deducida exclusivamente por persona física. En síntesis, tratándose de pedido requerido por persona física, no corresponde la exigencia de comprobación de la situación de insuficiencia de recursos, salvo cuando el juez evidencie, a través del análisis de los autos, elementos que demuestren la falta de presupuestos legales para la concesión de la gratuidad. En esta hipótesis, el juez deberá crear oportunidades para la manifestación de la parte, a quien le cabrá comprobar la insuficiencia.

No hay dudas de que existe una gran carga de subjetividad en este concepto, que no pocas veces conduce a decisiones dispares en la rutina forense. Sin embargo, el juez no podrá rechazar de plano la gratuidad¹⁵¹. Al no encontrar en los autos elementos suficientes para la concesión de la gratuidad, el juez debe intimar a la parte para que compruebe el cumplimiento de las condiciones adecuadas para la aprobación de la solicitud (TARTUCE y DELORE, 2016, p. 955).

La legislación también prevé la posibilidad de una concesión parcial de la gratuidad y puede ser su reconocimiento para algunos actos del proceso o, incluso, la reducción de

¹⁵⁰ Art. 98, incisos I a IX, §1º, del NCPC.

¹⁵¹ Art. 99, § 2º, del NCPC: "El juez solo podrá denegar la solicitud si hubiere en los autos elementos que evidencien la falta de requisitos legales para la concesión de la gratuidad, debiendo antes de rechazar la solicitud, determinar a la parte la comprobación del cumplimiento de los referidos supuestos".

los gastos procesales y también el fraccionamiento de las costas y gastos procesales, a pesar de que la legislación no aporte criterios objetivos en cuanto a esta concesión, quedando una vez más a cargo del magistrado, quien analizará caso por caso (TARTUCE y DELORE, 2016, p. 957).

Esta posibilidad del beneficio de la gratuidad se concede solamente a algunos actos del proceso, o incluso si se concede para el fraccionamiento de las costas (art. 98, §§ 5º, 6º, CPC) surge de los efectos de la modulación del beneficio, que antes no constaba en la redacción de Ley N° 1060/50 y ahora viene en el texto legal NCPC, de forma expresa.

En efecto, fue algo muy positivo para los demandantes, ya que en algunas situaciones la persona no es pobre en los términos de la ley, sino que simplemente no tiene los medios financieros para cubrir algunos actos del proceso, como lo ha señalado DIDIER (2016, p. 54):

La modulación gana importancia exactamente ahí: en las situaciones límite, cuando el solicitante no es tan evidentemente pobre, pero tampoco es notoriamente acaudalado. En tales situaciones, el pensamiento del todo o nada provoca inevitablemente un perjuicio a alguien. Con la posibilidad, ahora expresa, de concesión de un beneficio alternativo, el juzgador puede viabilizar una solución para el caso en el que el solicitante tiene, al menos, condiciones de anticipar una parte del pago, o el pago de la mayoría de los actos de procesales, o incluso, el pago en cuotas.

Esto también es bueno para el tercero que colabora con el Poder Judicial, que pasa a tener una mejor perspectiva de remuneración, y bueno para el Estado, el Distrito Federal, la Unión, porque eso reduce (o incluso elimina) su cuota de participación en el costo del proceso.

[...] lo que es importante señalar es que el beneficio, ya sea integral o modulado, nunca podrá ser concedido para apartar la responsabilidad definitiva del interesado en cuanto al deber de sucumbencia. Así, por ejemplo, la persona que, no siendo beneficiaria, fue vencida y, por eso, condenada a pagar honorarios de abogado, no puede, en segunda instancia, solicitar el beneficio con el fin de deshacerse de esa condena.

Si se concede en su totalidad la justicia gratuita, sus efectos recaen sobre todos los gastos del proceso; en caso de que sea parcial, recaerá sobre algunos de ellos, debiendo la parte responsable pagar los otros gastos y costas que surjan en el curso del proceso y que no se estén alcanzadas por la gratuidad.

Sin embargo, si el juez negó el beneficio de la gratuidad, la parte podrá interponer un recurso interlocutorio; en caso de que sea mantenida la decisión en grado de recurso, la parte tendrá que soportar las costas del proceso, bajo pena de extinción de la acción.

Se destaca que estas hipótesis son para las partes que requieren el beneficio de la gratuidad de la justicia y que están acompañadas por un abogado privado. Esto se debe a que, en los demás casos, como la asistencia jurídica plena, la patrocinada por las Defensorías Públicas y sus órganos, la concesión de la gratuidad de todos los actos debe ser automática, porque este filtro (análisis de los presupuestos) fue analizado previamente en el nivel administrativo, con la interposición de la acción.

Conviene destacar que si la parte fue beneficiaria de la gratuidad y vencida en el proceso, deberá pagar el monto de sucumbencia. Sin embargo, su exigibilidad queda suspendida por un período de cinco años a partir de la decisión firme e inapelable, y solo será exigida si el acreedor demuestra que la situación de insuficiencia de recursos del beneficiario dejó de existir (NEVES, 2016, p. 157).

4.3.2. Impugnación: carga de la prueba, revocación del beneficio y recurso

La parte requerida en el proceso, en caso de concesión de la gratuidad al postulante, podrá presentar impugnación a la solicitud y a la concesión de gratuidad, ya sea en la contestación, en la réplica o en los contraargumentos del recurso, por simple petición, en los propios autos, en el plazo de 15 días de la decisión por la que fue intimado, conforme lo dispuesto en el artículo 100 del nuevo Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Art 100. Concedido el pedido, la parte contraria podrá ofrecer impugnación en la contestación, en la réplica, en los argumentos en contra del recurso o, en los casos de pedido sobreviniente o formulado por tercero, mediante

petición simple, al presentarse dentro de los 15 (quince) días, en los autos del propio proceso, sin suspensión de su curso.

Corresponderá a la parte impugnante demostrar que el destinatario de la gratuidad no cumple las condiciones para su aprobación, aplicándose las reglas generales de la carga de la prueba establecidas en el artículo 373 del NCPC152. Sin embargo, según lo permitido por el §1º del mismo art. 373, a requerimiento o mismo de oficio, el juez puede distribuir la carga de la prueba de otra forma, atribuyendo al beneficiario la obligación de probar su incapacidad financiera (DIDIER, 2016, pp. 85-86).

Esta impugnación es preclusiva, si la parte no lo hace dentro del plazo legal, no podrá salir de ella. En ambos casos, tanto en el pedido como en la impugnación, no se suspende el curso del proceso.

De la decisión de considerar la solicitud de la gratuidad, negándola, o incluso, de la decisión de estimar la impugnación, aceptándola —en cuyo caso cesará el beneficio—, corresponderá recurso de agravio de instrumento. Pero si esa apreciación fuera en la sentencia, cabrá recurso de apelación.

Sin embargo, puede ser que en el curso del proceso el beneficiario mejore su situación financiera, en cuyo caso, la otra parte podrá realizar la impugnación posterior a la contestación; de cualquier modo, el período de 15 días corre a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho.

152 Art. 373. Incumbe la carga de la prueba: I - al autor, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho; II - a la parte demandada, en cuanto a la existencia del hecho impositivo, modificativo o extintivo del autor.

§ 1º. En los casos previstos por la ley o ante las peculiaridades de la causa en relación con la imposibilidad o la excesiva dificultad para satisfacer la carga en los términos del caput o la mayor facilidad en obtener la evidencia del hecho contrario, el juez podrá asignar la carga de la prueba de modo inverso, siempre que se haga con una decisión fundamentada, en cuyo caso deberá dar a la parte la oportunidad desobligarse de la carga que le fue asignada.

§ 2º. La decisión prevista en el § 1º de este artículo no puede generar situación en la que la no incumbencia de la carga por la parte sea imposible o excesivamente difícil.

§ 3º. La distribución diversa de la carga de la prueba también puede producirse por acuerdo de las partes, a menos que: I - recaiga sobre derecho indisponible de la parte; II - sea excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.

§ 4º. El acuerdo mencionado en el § 3º puede realizarse antes o durante el proceso.

Revocado el beneficio, la parte deberá pagar los gastos procesales que impidieron avanzar debido a la gratuidad de la justicia que se le había concedido. De la decisión que revoca el beneficio, en primera instancia, cabrá recurso de agravio de instrumento.

Y en caso de mala fe comprobada, como sanción, la parte beneficiada deberá pagar una multa de hasta diez veces el valor de los gastos, a ser invertida en favor de la Hacienda Pública estadual o federal, coincidente con lo que dispone el párrafo único del artículo 100 del nuevo Código de Procedimiento Civil; estos valores pueden ser cobrados por el ente público en un procedimiento específico, por medio de ejecución, según disposición del § 4º del artículo 95 y el párrafo único del artículo 100 del citado Código.

Didier (2016, p. 86) afirma que los efectos van más allá, correspondiendo al beneficiario además asumir lo que fue impulsado por el Estado, Distrito Federal o la Unión, como los honorarios periciales que eventualmente se hubieran anticipado por cualquiera de estos entes.

La impugnación también podrá ser ofrecida por notario u oficial de registro, y de ser aceptada, cesará el beneficio de la gratuidad; el beneficiario deberá pagar las costas y gastos extrajudiciales que le fueron desestimados.

De todos modos, habiendo recurso de la parte que tuvo el beneficio revocado, quedará exento del pago de las costas para su interposición hasta el análisis preliminar del recurso por el ponente; sin embargo, si el ponente confirma la denegación o revocación del beneficio, la parte tendrá cinco días de plazo para pagar las costas, bajo pena de denegar el recurso. Si la revocación ocurre en la sentencia, cabrá recurso de apelación.

A la decisión firme e inapelable de revocar el beneficio, la parte deberá pagar todos los gastos de los que había sido dispensada, de conformidad con el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Civil¹⁵³.

153 Art. 102. Sobrevenida la decisión inapelable que revoca la gratuidad, la parte deberá realizar el pago de todos los gastos cuya anticipación le fue dispensada, incluyendo los relativos al recurso interpuesto, si hubiera, dentro del plazo establecido por el juez, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones fijadas por la ley.

Párrafo único. No efectuado el pago, el proceso será desestimado sin resolución de mérito; tratándose del autor, y en los demás casos, no podrá ser concedida la realización de ningún acto o diligencia requerida por la parte, en cuanto no ha efectuado el depósito.

5. EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

5.1. Conceptos generales

La gratuidad del acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico argentino prevé un sistema de concesión del beneficio completamente diferente del modelo brasileño, con la previsión de diferentes institutos y procedimientos específicos.

De acuerdo con Brauner (2010, p. 72), la Argentina presenta la función de defensa de los necesitados y de la población carente de recursos financieros desde dos perspectivas diferentes, por el Defensor del Pueblo de la Nación¹⁵⁴ y por la estructura del Ministerio Público de la Defensa (BRAUNER, 2010, p. 72).

La figura del Defensor del Pueblo de la Nación fue creada por la Ley N° 24.284 de 1993 y modificada posteriormente por la Ley N° 24.379, con previsión en la Constitución en el artículo 86155, para ejercer una función vinculada al Poder Legislativo. Es elegido por el Congreso nacional por un mandato de 5 años para actuar en defensa de la sociedad contra los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública, con legitimidad incluso

154 Según Brauner (2010, p. 72), la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, en la República Argentina, fue instituida para control de la función jurisdiccional ejercida por el Estado. En los tiempos modernos, fue en Suecia donde este modelo tuvo origen, ante una disputa entre el rey y el parlamento, en 1809, en que se institucionalizó el llamado *Ombudsman*, defensor del pueblo o *Justitie ombudsman*. Como representante del Poder Legislativo, era encargado del control de la observancia de las leyes por los funcionarios y Tribunales, pudiendo, para eso, demandar judicialmente en defensa de la sociedad. Luego, esa figura alcanzó estatus constitucional, formando parte, no solo de la Constitución de Suecia, sino también de la de Finlandia (1919) y Dinamarca (1953). Posteriormente, se lo encuentra como "Controlador del Estado" en Israel, "Proveedor de Justicia" en Portugal, "Mediador" en Francia, "Defensor Cívico" en Italia, "Comisionado Parlamentario" en Gran Bretaña y "Defensor del Pueblo" en España y Argentina, entre otros.

155 El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

extraordinaria, ya que no actúa como representante de parte, sino como típico sustituto, tal como lo dispone el artículo 43 de la Constitución del país (BRAUNER, 2010, p. 73).

Por otro lado, el Ministerio Público de la Defensa tiene como jefe de la institución el cargo de Defensor General de la Nación, y está junto al Ministerio Público Fiscal, como órgano independiente del Poder Judicial, designado mediante concurso, con competencia en materia penal, para atender a todos aquellos que no posean condiciones para pagar un abogado para su defensa. También, actúa como curador de los ausentes, prestando servicios tanto en la esfera judicial como en la extrajudicial, mediante consultoría, asistencia y solución de conflictos extrajudiciales y, como destaca Brauner (2010, p. 75), el Ministerio Público de la Defensa opera, también, en los organismos internacionales, según lo previsto en el artículo 51, inciso V, de la Ley N° 24.946.

Hecha esta premisa inicial, debemos destacar que, por tratarse de materia tributaria, en la medida en que gran parte de los beneficios eximen a los ciudadanos del pago de la titulada "tasa de justicia", todas las provincias mantienen una competencia legislativa para disciplinar el reglamento de su concesión.

Es decir, a pesar de que hay una legislación nacional de la materia, las provincias son autónomas para crear sus propias reglas, razón por la cual se verifican algunas diferencias en los requisitos y procedimientos en el ámbito de cada localidad, incluso tratándose de idéntico beneficio.

En este capítulo, será explicada principalmente la sistemática del llamado "beneficio de litigar sin gastos", que tiene la legislación nacional y todas las provincias; se considera el beneficio más amplio y más requerido por los que carecen de recursos para acceder a la justicia.

En este contexto, además de las disposiciones contenidas en la legislación nacional, se abordarán las peculiaridades de la legislación de las provincias de Buenos Aires y Córdoba, con una descripción sumaria, dado que aportan diferencias significativas con respecto al procedimiento adoptado para la concesión del beneficio de litigar sin gastos.

Además, se realizará una breve exposición sobre los beneficios de la gratuidad para el trabajador y para el consumidor, igualmente previstos en la legislación nacional y reglamentados internamente en cada provincia, beneficios estos considerados más restringidos y de concesión automática.

También se abordará, brevemente, la sistemática de la "asistencia jurídica gratuita" de la provincia de Córdoba, que es un instituto bastante interesante en el campo de acceso a la justicia, con rito y características propias.

Por último, se tratará el papel desempeñado por el "Ministerio Público de la Defensa" y por el "Defensor del Pueblo de la Nación", órganos directamente relacionados con el ejercicio del derecho de gratuidad en el acceso a la justicia del país.

5.1.1. Definición del beneficio

El beneficio de litigar sin gastos, también llamado "declaratoria de pobreza" o "beneficio de la pobreza" es un incidente por el que una parte que carece de medios financieros para iniciar, tramitar o continuar un proceso, también pueda tener acceso a la justicia, mediante la concesión de la gratuidad de todos los costos de la demanda; como Saiach manifiesta (2015, p. 67), "el beneficio de litigar sin gastos es una herramienta que permite el acceso a la justicia".

Es un proceso incidental dotado de autonomía, dado que no está vinculado con el progreso o el desenlace del caso, por lo que posee objeto, partes y tramitación propia.

La pobreza a que se refiere el beneficio no corresponde a un estado de indigencia propiamente dicho, sino únicamente a la ausencia de condiciones de costeo del proceso sin perjuicio de la propia subsistencia. En otras palabras, el hecho de que el solicitante sea titular de un inmueble y vehículo, por ejemplo, no necesariamente excluye la concesión del beneficio.

Cumple traer a la luz calentar el entendimiento de Saiach y Knavs (2007, p. 4) en relación con el concepto legal de pobreza cuando afirman que:

Llámase pobre, en el sentido legal, al que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar. Este concepto antiguo es muy importante, pues la

pobreza no significa indigência extrema, sino que quien solicite el beneficio no tenga dinero como para afrontar los gastos del juicio.

Además, la mencionada situación de pobreza del peticionante abarca no solo la inexistencia de recursos, sino la imposibilidad del solicitante de obtenerlos en el momento del pedido (ZALAZAR, 2012, p. 156).

En este contexto, Falcón (apud GUILLÉN, 2013, p. 871) manifiesta que pobre, procesalmente, es la persona que no puede cumplir con los gastos judiciales y se le permite hacer valer sus derechos ante los tribunales. Por lo tanto, el acceso a la justicia está relacionado con la defensa de los intereses de los desposeídos, que carecen de los recursos necesarios para ingresar en juicio, y que tienen necesidad de recurrir a los tribunales para obtener el beneficio de la gratuidad. Falcón (2013, p. 872) afirma que:

El legislador ha omitido referencias tasadas sobre el concepto de pobreza, ya que por ser contingente y relativo presenta insalvables dificultades para ser definido con un alcance genérico de abarque la totalidad de las diferentes circunstancias que pueden caracterizar a los distintos casos por resolver. Tal relatividad y contingencia está dada por la simple proporcionalidad entre la potencialidad patrimonial (entendida como el cúmulo de recursos con que se cuenta más la capacidad para generarlos) y la presentación. El beneficio de litigar sin gastos tiende a poner en situación similar a las personas que deben actuar ante la justicia, a fin de que quien carezca de recursos suficientes para afrontar las cargas económicas que impone un proceso pueda atender con amplitud cuando demande el reconocimiento judicial de su derecho (FALCON, 2013, pp. 871-872).

Por otro lado, la posibilidad de obtener el beneficio de litigar sin gastos no se agota solo en el pobre en los términos de la ley; puede abarcar a toda persona que demuestre no estar en condiciones de soportar los gastos del proceso sin comprometer su propia subsistencia y la de su familia (FALCON, 2013, p. 873).

5.1.2. El beneficio como herramienta para permitir el acceso irrestricto a la justicia.

Constitución, pactos internacionales y fundamentos legales

El beneficio de litigar sin gastos tiene fundamento constitucional amparado en el principio de la igualdad (artículo 16 de la Constitución nacional) y en las garantías de la defensa en juicio y del acceso a la justicia (artículo 18 de la Constitución), que establece:

Art. 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Art. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

La jurisprudencia viene a corroborar esta garantía:

La garantía de la defensa en juicio es un principio constitucional celosamente resguardado no sólo por la Corte Suprema de la Nación, sino también por nuestro más Alto Tribunal Provincial, que en numerosos fallos ha proclamado la tutela judicial continua y efectiva y la inviolabilidad de la persona y de los derechos en todo procedimiento judicial o administrativo, a través de los principios constitucionales incorporados en la reforma del año 1994, los que configuran una valla a las interpretaciones que asignen límites formales e impidan el acceso irrestricto a la justicia. El ejecutado se domicilia en la provincia de Corrientes por lo que, en función del crédito ejecutado y de la operatoria utilizada, el presunto reconocimiento de la prórroga (en favor de un Juez de La Plata, provincial de Buenos Aires) es producto de las mismas dificultades para ejercer ampliamente las defensas pertinentes, debiendo contemplarse, asimismo, los impedimentos de orden económico que pudieran presentarse al verse obligado a trasladarse a tan larga distancia de su domicilio, puesto que "una administración de justicia que quedare inhibida de escuchar a quienes no tienen recursos económicos para litigar contraría el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.(CC0201 LP 116348 RSD 65/13 S 23/05/2013 Juez LOPEZ MURO (OP) Carátula: "SEGUIR S.R.L. C/BENITEZ JUAN ERNESTO S/ COBRO EJECUTIVO". Magistrados Votantes: Lopez Muro-Sosa Aubone (ARGENTINA).

Por otra parte, en el ámbito constitucional, la doctrina argentina (SAIACH y KNAVS) también menciona como fundamento del beneficio de litigar sin gastos el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 25, que en la esfera de la protección judicial establece lo siguiente:

Artículo 25 - Protección Judicial

1º. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2º. Los Estados Partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En la mayor parte, las provincias, que tienen sus propias constituciones regulan también en el texto de sus directrices la gratuidad y el acceso sin restricciones a la justicia, al igual que las provincias de Buenos Aires y Córdoba, que instituyen:

Constitución de la provincia de Buenos Aires

Artículo 15. La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Constitución de la provincia de Córdoba:

Artículo 49: Acceso a la justicia.

En ningún caso puede resultar limitado el acceso a la Justicia por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia gratuita a tal efecto.

Por debajo de las constituciones nacional y provinciales, trayendo el reglamento propiamente dicho del beneficio de litigar sin gastos, están los Códigos de Procedimiento Civil y Comercial, también con las previsión nacional y local. En este estudio se analizó el

Código de Procedimiento Civil y Comercial nacional: arts. 78-86; el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires: arts. 78-86, y el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Córdoba: arts. 101-109.

En estos textos legislativos se encuentran las normas específicas en relación con el beneficio en discusión y que, a pesar de adoptar una sistemática general semejante, guardan sus peculiaridades.

El texto legal del Código de Procedimiento Civil y Comercial nacional es bastante instructivo y demuestra una visión general del beneficio, por lo que vale la pena transcribir:

Código de Procedimiento Civil y Comercial nacional: arts. 78 a 86

CAPÍTULO VI. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

PROCEDENCIA

Art. 78. Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos, con arreglo a las disposiciones contenidas en este capítulo.

No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia, cualquiera fuere el origen de sus recursos.

REQUISITOS DE LA SOLICITUD

Art. 79. La solicitud contendrá:

1) La mención de los hechos en que se fundare, de la necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios o del cónyuge o de hijos menores, así como la indicación del proceso que se ha de iniciar o en el que se deba intervenir.

2) El ofrecimiento de la prueba tendiente a demostrar la imposibilidad de obtener recurso. Deberá acompañarse el interrogatorio de los testigos y su declaración en los términos de los artículos 440 primera parte, 441 y 443, firmada por ellos.

En la oportunidad prevista en el artículo 80 el litigante contrario o quien haya de serlo, y el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, podrán solicitar la citación de los testigos para corroborar su declaración.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)

PRUEBA

Art. 80. El juez ordenará sin más trámite las diligencias necesarias para que la prueba ofrecida se produzca a la mayor brevedad y citará al litigante contrario o a quien haya de serlo, y al organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, quienes podrán fiscalizarla y ofrecer otras pruebas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)

TRASLADO Y RESOLUCIÓN

Art. 81. Producida la prueba se dará traslado por cinco días comunes al peticionario, a la otra parte, y al organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia. Contestado dicho traslado o vencido el plazo para hacerlo, el juez resolverá acordando el beneficio total o parcialmente, o denegándolo. En el primer caso la resolución será apelable al solo efecto devolutivo.

Si se comprobare la falsedad de los hechos alegados como fundamento de la petición del beneficio de litigar sin gastos, se impondrá al peticionario una multa que se fijará en el doble del importe de la tasa de justicia que correspondiera abonar, no pudiendo ser esta suma inferior a la cantidad de PESOS UN MIL (\$ 1.000). El importe de la multa se destinará a la Biblioteca de las cárceles.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)

CARÁCTER DE LA RESOLUCIÓN

Art. 82. La resolución que denegare o acordare el beneficio no causará estado.

Si fuere denegatoria, el interesado podrá ofrecer otras pruebas y solicitar una nueva resolución.

La que lo concediere, podrá ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrare que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio.

La impugnación se sustanciará por el trámite de los incidentes.

BENEFICIO PROVISIONAL. EFECTOS DEL PEDIDO

Art. 83. Hasta que se dicte resolución la solicitud y presentaciones de ambas partes estarán exentas del pago de impuestos y sellado de actuación.

Estos serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación. El trámite para obtener el beneficio no suspenderá el procedimiento, salvo que así se solicite al momento de su interposición.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)

ALCANCE. CESACIÓN

Art. 84. El que obtuviere el beneficio estará exento, total o parcialmente, del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna; si venciere en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba.

Los profesionales podrán exigir el pago de sus honorarios a la parte condenada en costas, y a su cliente, en el caso y con la limitación señalada en este artículo.

El beneficio podrá ser promovido hasta la audiencia preliminar o la declaración de puro derecho, salvo que se aleguen y acrediten circunstancias sobrevinientes.

En todos los casos la concesión del beneficio tendrá efectos retroactivos a la fecha de promoción de la demanda, respecto de las costas o gastos judiciales no satisfechos.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)

DEFENSA DEL BENEFICIARIO

Art. 85. La representación y defensa del beneficiario será asumida por el defensor oficial, salvo si aquél desee hacerse patrocinar o representar por abogado o procurador de la matrícula; en este último caso, cualquiera sea el monto del asunto, el mandato que confiera podrá hacerse por acta labrada ante el oficial primero.

EXTENSIÓN A OTRA PARTE

Art. 86. A pedido del interesado, el beneficio podrá hacerse extensivo para litigar contra otra persona en el mismo juicio, si correspondiere, con citación de esta.

Conforme a los dispositivos enumerados, el incidente del beneficio de litigar sin gastos puede comenzar antes de la demanda principal o simultáneamente a esta. Si es anterior, la persona requirente queda desobligada de la carga, si el incidente es posterior a la demanda principal, solo libera los gastos posteriores a la solicitud (SAIACH, 2015, p. 65).

5.1.3. Especialidad y personalidad del beneficio

El beneficio de litigar sin gastos se concede en relación con un proceso específico y para la parte que requiera. Como se explica Saiach (2015, p. 65), "no se trata de una carta de pobreza general que sirve para todos los pleitos. En otro orden de ideas, el trabajador, por el hecho de serlo, goza del beneficio de pobreza para cualquier pleito que quiera iniciar".

Sin embargo, puede haber extensión del beneficio si el beneficiario desea litigar contra otra persona, siempre y cuando haya citación de esta, y la nueva demanda sea en el mismo juicio y por el mismo procedimiento.

Por lo imperativo de la personalidad del beneficio, es intransferible a los herederos, con lo cual expira con la muerte del beneficiario.

5.1.4. El beneficio como incidente

El beneficio previsto en los códigos nacional y provinciales se refiere a un proceso autónomo, independiente de la acción principal (acción que se pretende iniciar o continuar).

A pesar de ser llamado "incidente", el proceso es independiente del principal y representa una verdadera cuestión incidental con autonomía procesal. La parte precisa interponer una petición independiente, indicando los hechos que justifican su solicitud, así como aportar las pruebas de la situación financiera.

Es un hecho que tramita con fundamento en el principio de la bilateralidad y del contradictorio, que se debe priorizar, desde el punto de vista de la celeridad, frente a los otros procesos.

Por haber la mencionada autonomía en relación con el proceso principal, en hubiera desistencia de este, no habrá ningún impedimento para continuar con el proceso del beneficio.

5.1.5. No se necesita ser pobre

Para la presentación de la acción y la concesión del beneficio de litigar sin gastos no es necesario que el solicitante demuestre estado de indigencia, sino solo que demuestre que no consigue asumir los costos financieros del proceso, sin perjuicio de su sustento y el de su núcleo familiar. De todos modos, "no es necesario probar la pobreza extrema o la indigencia, lo importante es acreditar que no se tienen medios como para afrontar los gastos concretos del juicio" (SAIACH, 2015, p. 65).

En este sentido, es unánime la opinión, en la doctrina especializada, en cuanto a la declaratoria de pobreza que no debe confundirse con el reconocimiento del estado de pobreza material propiamente dicho, sino tan solo el reconocimiento de la hiposuficiencia con respecto a los costos procesales (SAIACH; KNAVS (2007, pp. 2-3).

Por lo tanto, es posible que un demandante poseedor un automóvil y una casa en buen estado de conservación, por ejemplo, requiera la concesión del beneficio en su favor,

siempre y cuando pueda demostrar que el gasto del proceso puede desestabilizar sus finanzas.

5.2. La simulación o fraude en el beneficio

5.2.1. El actor solvente que no quiere sufragar los gastos del pleito

A pesar de ser el beneficio de litigar sin gastos exclusivo para aquel que no tiene recursos suficientes para cubrir los actos del proceso, es común que las personas de conocida solvencia pleiteen y consigan el beneficio, en afrenta a los principios y reglas que rigen la materia.

En realidad, sucede que muchos demandantes, a pesar de ser solventes, no quieren gastar recursos personales para pagar demandas judiciales, a menudo aventureras. Esta actitud socava su utilidad, como señaló Saiach (2015, p. 68), es decir "la concesión del beneficio a los solventes desnaturaliza el instituto".

Desde el momento en que el juez está de acuerdo con esta postura, y concede beneficios sin instrucción probatoria adecuada para personas notoriamente solventes, se está contribuyendo a la distorsión del instituto. Y entre las muchas consecuencias negativas para el sistema, está el aumento notorio de las demandas de beneficio y la sobrecarga de los órganos judiciales competentes para su enjuiciamiento.

En este contexto, Saiach (2015, pp. 67-68) señala que la simple aplicación de la multa procesal¹⁵⁶ no parece suficiente para detener la avalancha de beneficios y el aumento de la litigiosidad. Existe la necesidad de un cambio legislativo para exigir mayor rigor en los requisitos, cuyo cumplimiento conceden el beneficio de litigar sin gastos.

Eso es porque, observa Saiach (2015, p. 68): "En algunas oportunidades ni siquiera se solicita el informe negativo de los Registros de la Propiedad Inmueble de los lugares en donde el que lo peticiona es vecino o va a iniciar el juicio".

Esta misma opinión es compartida por Zalazar (2012, p. 361), al destacar que, en la práctica judicial, se presentan numerosas solicitudes del beneficio de litigar sin gastos

¹⁵⁶ El art. 81 del CPCCN prevé la multa en el doble del valor de la tasa de justicia que pretendía ser abonada, no pudiendo ser inferior a \$ 1.000 (mil pesos) que será destinada a la "Biblioteca de las cárceles".

realizados por medios simbólicos en los que se describe no tener recursos suficientes para costear el proceso, la presentando solo testigos y registro de la propiedad.

El juez debe analizar cada caso concreto, de modo de evitar la distorsión del instituto¹⁵⁷, para que sean beneficiados solo quienes en realidad no poseen condiciones de pagar el proceso y, de esa forma, promover el efectivo acceso a la justicia.

5.2.2. La búsqueda de bienes y las distintas herramientas

Para la concesión del beneficio de litigar sin gastos, en cumplimiento con los dictámenes requeridos por el ordenamiento jurídico de la Argentina, es necesaria una investigación rigurosa sobre los datos financieros del peticionante.

Inicialmente, cabe destacar que las finanzas a ser consideradas con fines de conceder el beneficio de la gratuidad no se limitan a los ingresos obtenidos únicamente por el solicitante, sino de todo su núcleo familiar. De lo contrario, se escapa a la finalidad del reglamento, que es, además de promover el acceso sin restricciones a la justicia, resguardar el sustento familiar (SAIACH; KNAVS, 2007, p. 82).

Por esta razón, se niega el beneficio al peticionante que, a pesar de que demuestre ingresos mensuales reducidos y escasos bienes de su titularidad, resida con su cónyuge, titular de altos ingresos y vasto acervo de muebles e inmuebles a su nombre.

Además, el control de los juicios para la concesión de beneficios tiene en cuenta la actividad profesional ejercida por los solicitantes. En este punto, es indiscutible que el entendimiento doctrinario y jurisprudencial finalmente acabó por adoptar la aplicación de presunción en relación con ciertas profesiones, como la de los policías, a quienes se les concede los beneficios requeridos, ya que es ampliamente conocido el valor de los bajos salarios que reciben como remuneración. Por otra parte, los pedidos realizados por magistrados son rechazados por unanimidad, dado que es notorio el nivel de vida ostentado por esta clase de profesionales.

¹⁵⁷ Zalazar (2012, p. 365) destaca que para evitar ese tipo de abuso y quizá aventuras judiciales, el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de San Luis (Ley N° 5606) establece una limitación cuantitativa importante para la petición del beneficio, al disponer que “no se podrá conceder el beneficio de litigar sin gastos, en los supuestos en que el monto reclamado, por todo concepto en la demanda, supere los \$ 200.000 (pesos doscientos mil).

Otra manera eficaz de verificación efectiva de la situación financiera real del solicitante, es el análisis del movimiento bancario y de las facturas de la tarjeta de crédito, si hubiera. Es importante decir que el hecho de tener cuenta bancaria o tarjeta de crédito no implica necesariamente un apartamiento del estado de pobreza, pues la condición de pobreza exigida para la concesión del beneficio no es el estado material de indigencia, como ya se ha explicado.

Sin embargo, el peticionante del beneficio que tenga un movimiento significativo de los recursos en sus cuentas bancarias, así como demostrar altos costos mensuales con facturas de tarjeta de crédito, puede evidenciar, con tales pruebas, que no hace justicia la gratuidad pretendida. Incluso un análisis de las compras realizadas con la tarjeta de crédito puede servir de base para la eventual concesión o denegación del beneficio.

Se suma, a tales elementos de investigación, el análisis de los registros de bienes inmuebles que constan en los bancos oficiales de datos, bajo la titularidad del demandante, prueba elemental sobre el nivel de vida sustentado por su núcleo familiar.

Así, cabe revelar que la percepción de ingresos mensuales fijos, como en el caso de los jubilados o los funcionarios públicos, así como la propiedad de bienes de valor significativo, como automóviles, no son condiciones absolutas para la denegación del beneficio. Las peculiaridades del caso concreto siempre prevalecerán y, comprobada la ausencia de condiciones financieras del peticionante para pagar los gastos del proceso, sin perjuicio de su sustento y el de su familia, la concesión del beneficio será la medida de justicia.

De este modo, se ve que en el proceso de beneficios de litigar sin gastos, el juez debe evaluar con cautela todos los elementos de prueba disponibles, con el fin de evitar la concesión irrazonable para los demandantes que tratan de evitar los gastos de los costos del proceso, pero de hecho, podrían hacerlo sin perjuicio de la propia economía y la de su familia. Por otra parte, el mismo control efectivo garantiza que no ocurra un exceso de rigor, de forma de afectar el derecho de libre acceso a la justicia de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad.

5.3. Legitimación activa y pasiva en el beneficio

5.3.1. Legitimación activa: personas físicas, jurídicas, herederos y demandado

En el polo activo, una vez comprobada la situación de pobreza exigida en el ordenamiento, pueden figurar personas físicas (nacionales y extranjeras), personas jurídicas, sucesores, demandados, terceros, etc.

Es importante destacar que no solo el demandante de la acción principal se ajusta al beneficio, sino también el demandado quien, una vez demostrada el acatamiento de los requisitos legales, podrá solicitar y obtener el beneficio de litigar sin gastos.

En el caso del fallecimiento del peticionante del beneficio, la doctrina dominante y la jurisprudencia son unísonas en reconocer la caducidad del beneficio, ante el principio de la personalidad que implica, por lo que, falleciendo el demandante, este derecho no se extiende ni siquiera a sus herederos, a menos que lo requieran y demuestren la necesidad de su concesión, teniendo en cuenta sus condiciones personales de pobreza.

Cabe destacar, en este punto, que hay divergencia doctrinaria (ZALAZAR, 2012, p. 115), y también en algunos dictámenes en el sentido de que la necesidad de comprobación personal de los herederos del estado de pobreza solo es necesaria en el inicio de demandas, donde estas requieran directamente el ejercicio del derecho como consecuencia de la muerte del autor de la acción. Sin embargo, para la sucesión procesal, es decir, en los casos en los que los herederos asumen la posición procesal debido a la muerte del beneficiario de la gratuidad, esta corriente sostiene que debe prevalecer el beneficio entonces concedido a los herederos habilitados, dada la naturaleza accesoria de la acción de beneficio, frente a la demanda principal.

En lo que respecta a las personas jurídicas, así como en el ordenamiento jurídico brasileño, estas no están excluidas de la posibilidad de solicitar el beneficio de litigar sin gastos. Sucede que la gratuidad de los gastos del proceso, en estos casos, solo se concede después de un criterioso análisis de las pruebas presentadas por el demandante. Se evalúa el funcionamiento de la empresa, su capital constituido, la estructura física de su sede, sus relaciones comerciales, su movimiento bancario, libros comerciales, en fin, todo aquello de donde se pueda extraer la necesidad real de concesión del beneficio (ZALAZAR, 2012, p. 126).

Así como se exige para las personas físicas, no basta a la persona jurídica la comprobación de que, en el momento del pedido, está imposibilitada de pagar los costos del proceso, sino también la imposibilidad de obtener esos recursos mediante el ejercicio de la propia actividad.

En el caso de las sociedades comerciales que, por su naturaleza, poseen finalidad de lucro, el análisis del pedido del beneficio de litigar sin gastos debe ser asegurado con extrema prudencia. A pesar de ser posible tal concesión, en la práctica, es medida poco frecuente, ante el contexto financiero de estas entidades.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido, con respecto a las sociedades comerciales, que no basta la ausencia de liquidez (insuficiencia de capital de giro de la empresa) para obtener el beneficio de la gratuidad, dado que se trata de un contexto financiero atinente al riesgo común de las sociedades, pero sí la demostración del estado de insolvencia, es decir, de completa imposibilidad de costear los gastos del proceso.

5.3.2. Legitimación pasiva

En el contexto de la legitimación pasiva, se encuentran las personas demandadas en las acciones principales (polo contrario al autor del pedido del beneficio), que, de hecho, se convierten en especies de fiscales de la concesión del beneficio y pueden, incluso, probar que el peticionante no se ajusta a la gratuidad requerida.

Se destaca que esa intervención de la parte demandada es opcional, dado que la legislación solo le confiere la función de fiscalizador del proceso de beneficio, como se ha dicho, lo que le permite la oportunidad de presentar pruebas y requerir diligencias en un intento por desbaratar la alegación del estado de pobreza presentada por el peticionante. En este sentido, su ausencia no genera presunción de legalidad o veracidad de la solicitud del beneficio.

5.3.3. Intervención del ente recaudador

El representante del fisco, o como algunos doctrinarios lo llaman (SAIACH y KNAV, 2007, pp. 169-170), órgano de recaudación de la tasa de justicia, vela por los intereses fiscales de la Nación, controlando el pago de la tasa de justicia en los expedientes judiciales. Su trabajo está vinculado a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

En relación con los procesos del beneficio de litigar sin gastos, por involucrar la exención de pagos de ingresos públicos, la legislación nacional (Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación) prevé la actuación del representante del fisco en el control

de las pruebas presentadas por el peticionante, así como por la propia presentación de pruebas de que este es solvente, con respaldo en su base de datos.

Técnicamente, el representante del fisco no es "parte" en el proceso, pues interviene, a través de sus representantes, como funcionarios del Estado que son, en defensa de sus intereses, para fiscalizar el pago regular de la tasa de justicia por quien, por derecho, deba hacerlo.

Por otra parte, la manifestación u opinión del representante del fisco, así como la de cualquier organismo técnico, no vincula al magistrado, que es libre de juzgar de acuerdo con su convicción y a la luz de los demás elementos adosados a los autos. A pesar de esto, se verifica, en la práctica, que la manifestación favorable a la concesión conduce, en la mayoría de los casos, a proveer tal beneficio.

La participación del órgano recaudador en el proceso es directa y gratuita, y también puede solicitar que, antes de la decisión final, el peticionante se manifieste sobre algunos puntos controvertidos.

A pesar de que la legislación nacional sea expresa en el sentido de la participación directa del representante del fisco en los procesos de beneficio, las normas provinciales no prevén la legitimación de ese órgano fiscalizador para integrar la lid. Lo que hay, en estos casos, es la recomendación, no obligatoria, de que el Ministerio Público participe de la causa para certificar su regularidad, de forma similar a lo que ocurrió en Córdoba, a partir del entendimiento del Tribunal Superior en el "Acuerdo Reglamentario N° 363", conforme lo expresado anteriormente (ZALAZAR, 2012, pp. 140-143).

5.3.4. Intervención del Ministerio Público Fiscal

La intervención del Ministerio Público Fiscal en los procesos de beneficios de litigar sin gastos, ampliamente extendida en la doctrina y la jurisprudencia, resulta de la necesidad de controlar estas acciones no solo desde el punto de vista del principio de la legalidad (verificación del cumplimiento de los requisitos legales de concesión de gratuidad), sino también en la concreción del principio de la igualdad material, que constituye la finalidad del beneficio y forma parte de las atribuciones institucionales del referido órgano estatal.

En 1997, el Tribunal Superior emitió el "Acuerdo Reglamentario N° 363", en el cual quedó expresa la recomendación a todos los tribunales competentes sobre demandas de

beneficios de litigar sin gastos, de invocar al representante del Ministerio Público Fiscal, para verificar la regularidad de estos procedimientos especiales (ZALAZAR, 2012, pp. 141-142).

Sin embargo, la postura de la participación del Ministerio Público Fiscal no es unánime, entre los estudiosos de la materia. Autores de renombre, como Saiach (2015, p. 71), argumentan que la Ley N° 1893 (sobre administración de la justicia) prevé que la participación de sus agentes fiscales puede ocurrir en cualquier proceso que implique cuestiones relacionadas con la ciudadanía y la defensa de los intereses generales de la sociedad, incluso las declaratorias de pobreza, pero siempre que el interés fiscal no estuviese asignado a otra repartición administrativa. Por otro lado, la Ley n° 23.989 (de las tasas judiciales) establece expresamente que cabe al representante del fisco la participación en las causas de beneficios de litigar sin gastos, por lo que la participación del Ministerio Público Fiscal se hace innecesaria, dado que hay una determinación legal de una repartición administrativa fiscal responsable por el control de estos procesos. En sus palabras:

Señalamos que no debe confundirse al representante del fisco con el agente fiscal. Este último no es parte ni sujeto procesal en este proceso, y nada tiene que ver con el trámite del beneficio. En ese sentido, se dijo que, si bien el art. 119, inc. 8, de la Ley 1893, atribuye a los agentes fiscales en lo civil la intervención en las "declaratorias de pobreza", el inc. 1 del citado artículo mantiene genéricamente la intervención de aquellos funcionarios siempre y cuando la representación del interés fiscal no estuviese asignada a otra repartición administrativa. Así, el texto del art. 13, inc. a, de la Ley 23.898, de tasas judiciales, establece, con referencia al beneficio de litigar sin gastos, que "será parte en dicho trámite el representante del fisco de la Dirección General Impositiva", resultando, ante la designación específica de otra repartición administrativa, relevados los agentes fiscales de la función atribuida.

Por lo tanto, se observa que la actuación del Ministerio Público Fiscal en los procesos de beneficios de litigar sin gastos todavía presenta controversias, no siendo, por lo tanto, pacífica la comprensión respecto de la necesidad real de la fiscalización.

5.4. Proceso por el que tramita el beneficio

5.4.1. Por incidente o por otra vía

Conforme a lo ya explicado, el beneficio previsto en los códigos nacional y provinciales se refiere a un proceso autónomo, independiente de la acción principal (acción que se pretende iniciar o dar continuidad). Y, a pesar de ser llamado "incidente", el proceso tramita independiente del principal, al mismo tiempo que depende de él para existir, lo que representa una verdadera cuestión incidental con autonomía procesal. La parte precisa interponer una petición independiente, indicando los hechos que justifican su pedido, así como recolectar pruebas de la situación financiera.

Además, por tener diferentes objetos, a pesar de la relación accesoria entre la demanda del beneficio y la principal, una vez iniciadas, transitan distintamente. Una vez extinguido el proceso principal, por ejemplo, por caducidad de la instancia, no habrá pérdida sobreviniente del objeto de la acción del beneficio, dado que el peticionante no deja de tener interés en la gratuidad de los actos del proceso que lo integró.

Es importante destacar, incluso, que lo normal es que el proceso de beneficio de litigar sin gastos tramite en una vía incidental separada de la demanda principal, a pesar de que haya registros de pedidos formulados en el proceso principal; ello, a menudo, es rechazado por los jueces. Sobre el tema y las razones de la adoptada tramitación por separado, Saiach y Knays (2007, p. 21), afirman:

Desde luego, entendemos que no habría inconveniente para que el beneficio se pida en el mismo escrito de demanda (lo que no quita su carácter de incidencia), pero por razones de orden y prolijidad, la mayoría de los juzgados exigen que se forme el respectivo incidente en forma separada y con foliación distinta del proceso principal. Ello resulta importante para no mezclar trámites con autonomía procesal como vimos. Adherimos plenamente a este criterio pues el beneficio en cuestión es un trámite independiente del juicio principal, en la forma que se señalara. Lo que allí se debate no modifica ni se relaciona con las pretensiones del principal, aunque en definitiva sea un incidente de este.

Lo cierto es que el beneficio de litigar sin gastos es un incidente específico y especial; funciona como accesorio de la demanda principal.

5.4.2. El momento de su iniciación. ¿Puede ser previo a la demanda?

En la legislación nacional, el beneficio solo puede ser solicitado hasta el momento de la audiencia preliminar de la demanda principal (proceso por el cual se pretende la gratuidad). Sin embargo, una vez concedido, los efectos del beneficio se retrotraen a la fecha de interposición de la acción principal.

En las provincias de Buenos Aires y Córdoba, el beneficio se puede pedir en cualquier momento del procedimiento de la demanda principal, incluso después de la audiencia preliminar mencionada, a condición de que el autor esté en una situación financiera que lo justifique.

Sin embargo, la posible concesión del beneficio no es retroactivo a la fecha de presentación de la demanda principal, sino tan solo a la fecha de solicitud del beneficio, ya que la legislación provincial solo concede la gratuidad para los actos futuros, sin abarcar actos procesales anteriores al requerimiento del beneficio de litigar sin gastos.

No está de más decir que, a pesar de lo común que sea la presentación de la acción del beneficio de forma simultánea a la acción principal, o incluso después de su inicio, es posible que la demanda del beneficio se dé previamente a la principal. Sin embargo, esta es una opción poco interesante para el demandante, sobre todo, porque el procedimiento prevé la citación del futuro demandado en la acción principal.

En este contexto, siendo citado por la acción de beneficio, es bastante probable que la citación del proceso principal sea evitada por los eventuales demandados. Por lo tanto, por razones de celeridad y economía procesal, aunque posible, la presentación previa del proceso de beneficio se evita.

5.4.3. ¿El beneficio interrumpe la prescripción?

La prescripción es el instituto jurídico que describe una forma de extinción de las obligaciones (del derecho). Sus normas, previstas en el Código Civil y Comercial nacional, son imperativas e inamovibles por la voluntad de las partes, y según el caso concreto, puede ser suspendida o interrumpida.

En los casos de suspensión de la prescripción, el cómputo del plazo se suspende temporariamente y vuelve a correr desde el momento en que se detuvo. En las hipótesis de interrupción, los acontecimientos conducen a un nuevo cómputo del inicio del plazo estipulado por la ley.

En la parte que interesa a este estudio, entre las causas de interrupción de la prescripción, está la petición en sentido amplio. La legislación argentina consigna el término "petición", no "demanda", por lo que la interpretación más fidedigna a la intención del legislador es que cualquier acto que muestre de forma auténtica la ausencia de abandono y el propósito de perseguir el derecho constituye causa interruptora de la prescripción.

Por estas razones, la doctrina y la jurisprudencia reciente y mayoritaria de la Argentina se inclinan en el sentido de que la presentación del proceso de beneficio de litigar sin gastos interrumpe la prescripción relativa al proceso principal (SAIACH, 2015, p. 56).

Esto se debe a que la presentación del pedido del beneficio se interpreta como una manifestación legítima del deseo del solicitante de mantener vivo su derecho correspondiente a la acción principal (FALCON, 2013, p. 893), de conformidad con el artículo 3986 del Código Civil nacional y del artículo 2546 del Código Civil y Comercial:

Art. 3986. La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.

Art. 2546. Interrupción por petición judicial. El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable.

En este sentido, no es exagerado decir que persiste la corriente doctrinaria en cuanto a que las acciones de beneficio de litigar sin gastos no interrumpen la prescripción en virtud de la expresión "demanda contra el poseedor o deudor", existente en el artículo 3986 del Código Civil nacional. De acuerdo con esta teoría, la demanda del beneficio se adopta con efectos más restringidos que el presentado en el marco del debate sobre el derecho propiamente dicho. Así, según esta corriente, solo la interposición de la demanda principal es capaz de interrumpir la prescripción (SALAZAR, 2012, pp. 218-219).

5.4.4. El beneficio ¿suspende el trámite del proceso principal?

A pesar de que hay un gran desacuerdo en la doctrina y la jurisprudencia, el entendimiento mayoritario es que el proceso del beneficio solo suspende la tramitación del proceso principal si fuera requerido expresamente por el petitionante, de lo contrario, no hay interferencia alguna en la tramitación de la demanda principal (SAIACH y KNAVS, 2007, pp. 53-71).

5.4.5. El beneficio iniciado con posterioridad a la demanda ¿tiene efectos retroactivos?

De acuerdo con la legislación nacional, aunque presentada después del inicio de la acción principal, siempre que sea hasta el momento de la audiencia preliminar, una vez concedido el beneficio de litigar sin gastos, se confieren a la decisión efectos retroactivos a la fecha de presentación de la demanda principal.

Ello no ocurre en los procesos regidos por las normas provinciales, ya que, según en ese ámbito —por ejemplo, Buenos Aires y Córdoba— a pesar de que el beneficio pueda ser requerido en cualquier momento, una vez concedido, no serán atribuidos efectos retroactivos a la fecha de la presentación de la acción principal, sino solo hasta la fecha de interposición de la solicitud del beneficio. Es que, en virtud de la legislación de la provincia, la gratuidad debe prevalecer solo para actos futuros.

5.5. La solicitud de beneficio

5.5.1. La petición o demanda de beneficio. Sus caracteres

La petición de la demanda de beneficio de litigar sin gastos debe obedecer a los requisitos legales de una inicial, ante la mencionada autonomía, en cierta medida, en relación con la acción principal.

Se debe precisar, expresamente, la calificación personal del demandante del beneficio, pero también los datos del demandado en la acción principal, incluso con indicación completa de domicilio, considerando la necesidad de citarlo.

Además, el peticionante debe delinear con exactitud y demostrar el estado de pobreza que alega, pues el objeto de la acción de beneficio de ninguna manera se relaciona con aquel previsto en la demanda principal. Es decir, en la solicitud del beneficio, debe constar los hechos en los que se basa el pedido para defensa de derecho propio, de cónyuge o hijos menores de edad y para el expediente en el que se pide, acompañada por el ofrecimiento de pruebas que demuestran la falta de recursos (SAIACH, 2015, p. 65). Es decir que "debe ir acompañada del ofrecimiento de prueba tendiente a demostrar la falta de recursos. La lista de testigos debe ir acompañada del interrogatorio para estos".

5.5.2. Prueba acompañada y ofrecida

La carga de la prueba es de quien solicita el beneficio. Sin embargo, la doctrina entiende que no es posible exigir al solicitante la prueba acabada de pobreza, debiendo el juez extraer de los diversos elementos presentados para verificar el estado de pobreza exigido por la ley para la concesión del mencionado beneficio (SAIACH y KNAVS, 2007, pp. 89-102).

Un análisis cuidadoso de las facturas de tarjetas de crédito presentadas por el solicitante, por ejemplo, a partir de la verificación hasta incluso los productos adquiridos,

puede ser utilizado como una herramienta para evaluar la situación económica del supuesto beneficiario.

Por otra parte, la parte demandada en la acción principal tiene la carga de probar la solvencia del solicitante de beneficio, es decir, de que no hace honor al beneficio.

Tratándose de comprobación del estado de pobreza, la prueba testimonial ejerce un papel clave en los procesos de beneficio de litigar sin gastos.

En la Argentina, la edad mínima para ser testigo juramentado es 14 (catorce) años. Por otra parte, están impedidos de prestar testimonio los parientes consanguíneos o afines en línea directa de cualquiera de las partes (abuelos, padres, hijos, suegro, suegra, yerno, nuera), así como los cónyuges, aunque estén separados legalmente. Los parientes colaterales no están impedidos, como los hermanos, pero sus declaraciones se toman generalmente con las debidas reservas, algo así como el testimonio de los informantes en el Brasil.

Por otra parte, es importante destacar que, en el campo de la prueba testimonial, no hay ninguna posibilidad de sospecha, sino tan solo impedimento, por lo que amigos o enemigos de la parte demandante, por ejemplo, no están impedidos de testificar. En tales casos, solo hay una valoración más cautelosa del magistrado al considerar tales declaraciones, teniendo en cuenta las peculiaridades del caso.

En el caso de las personas jurídicas en calidad de demandantes del beneficio, la mera presentación de las declaraciones testimoniales no es suficiente para su concesión. Estas declaraciones deben ir acompañadas de los documentos e informes contables de la empresa, con el fin de corroborar la información reportada.

El Código de Procedimiento Civil y Comercial nacional, así como el de la provincia de Córdoba, no exige un número mínimo de declaraciones testimoniales como un requisito para la presentación de la acción del beneficio de litigar sin gastos, pero es cierto que el requirente debe instruir su petición con una declaración, al menos, realizada extrajudicialmente, y que podrá ser confirmada en el tribunal, conforme el entendimiento del juez, a la luz de otras pruebas cotejadas por las partes.

En la provincia de Buenos Aires, la norma es más exigente cuando estipula ser indispensable la presentación de al menos tres declaraciones de testigos, cuyo contenido debe ser necesariamente confirmado por el tribunal, en una audiencia diseñada específicamente para este propósito.

Cabe destacar que, en ambos casos, los testimonios deben ser corroborados por otros medios de prueba, de lo contrario, no revisten validez. Ejemplo: si la declaración del testigo menciona la existencia de inmueble, se debe presentar la prueba documental correspondiente, es decir, el registro de la propiedad.

5.5.3. La declaración jurada

Una "declaración jurada" es un documento escrito, firmado por el solicitante, que se exige comúnmente en los son procesos de beneficios de litigar sin gastos presentados a nivel nacional y también en la provincia de Buenos Aires (SAIACH y KNAVS, 2007, pp. 166-167).

En este documento, el peticionante del beneficio declara, bajo pena de la ley, que la información proporcionada en el proceso es verdadera, y se responsabiliza, incluso penalmente, por eventuales falsedades comprobadas durante la instrucción. Además, proporciona una gran cantidad de información que ayudará al juez en la evaluación de mérito del pedido.

Entre las preguntas más frecuentes que figuran en la declaración jurada están (las respuestas a las preguntas deben ir acompañadas de los respectivos documentos comprobatorios): 1) la composición del núcleo familiar, con mención expresa de las tareas realizadas por cada uno de los integrantes; 2) la ocupación actual y anterior del solicitante; 3) el monto de ingresos del último año y del último mes; 4) si desarrolla alguna actividad económica por cuenta propia o forma parte de alguna sociedad; 5) si está jubilado o pensionado; 6) si es propietario o inquilino de cualquier propiedad; 7) si posee otros bienes registrables; 8) si es titular de alguna tarjeta de crédito o débito; 9) si es titular o cotitular de alguna cuenta bancaria; 10) si posee títulos de crédito y/u otros valores; 11) si posee algún seguro; 12) si posee otros bienes de capital; 13) si ha celebrado contrato con profesional que lo patrocine; 14) si tiene plan de salud ("empresa de medicina prepaga"); y 15) información sobre vacaciones gozadas, período, lugar, etc. (SAIACH y KNAVS, 2007, pp. 166-167).

5.6. Intervención del demandado

5.6.1. ¿Es contradictorio el beneficio?

El demandado juega un papel esencial en el proceso de concesión del beneficio, ya que sirve como una especie de fiscal de las pruebas presentadas por el solicitante del beneficio, además de poder juntar pruebas en sentido contrario, con el fin de demostrar que el requirente no califica para el beneficio.

Se resalta que, a pesar de que tal demanda transcurra a la luz del principio del contradictorio, la eventual ausencia de contestación no implica la necesaria concesión del beneficio, ya que no existe, en este caso, la presunción de veracidad de los hechos expuestos por el autor, por lo que el magistrado debe considerar las pruebas presentadas por el requirente del beneficio para evaluar su aprobación.

De acuerdo con las normas procesales que, en este punto, son comunes, el demandado tiene cinco (5) días para solicitar la producción y aportar pruebas, a partir de la citación.

5.6.2. Contralor por el demandado

El demandado por el proceso del beneficio de litigar sin gastos desempeña un papel fundamental durante el curso de la acción: el de fiscal de la efectiva situación financiera del solicitante.

En este sentido, el demandado puede hacer que las aplicaciones y reunir pruebas para demostrar que el solicitante no cumple con el beneficio de la gratuidad.

Su participación en la instrucción es facultativa. Así, una vez carente de pruebas desfavorables del solicitante, su inercia no representa, necesariamente, el reconocimiento del beneficio, teniendo en cuenta que es del demandante la carga de demostrar su estado efectivo de pobreza, tal como lo requiere la ley.

No es demasiado decir, sin embargo, que una vez concedido el beneficio cumple al demandado, en cualquier momento, incitar al Poder Judicial para hacer cesar el beneficio, pues su atribución fiscalizadora no concluye con la eventual aprobación inicial del pedido.

5.6.2. Las pruebas que puede ofrecer el demandado y la oportunidad para ello

Como se ha indicado, la parte demandada en la acción principal y, por tanto, en la acción del beneficio, en la condición de fiscal de la situación económica del demandante, no solo puede desestimar las pruebas presentadas por este, sino también requerir y producir pruebas autónomas para tratar de desvirtuar la insolvencia.

Al respecto, Saiach (2015, p. 66) explica:

La intervención de la contraria es limitada pero existe. Puede presentarse y solicitar prueba tendiente a demostrar la solvencia de la contraria. Así informes a los registros, a la empresa donde trabaja quien solicita el beneficio. Como se trata de los ingresos de quien solicita el beneficio y su grupo familiar también se puede acreditar la solvencia de los restantes integrantes de la familia y sus ingresos. Nuestra idea es favorecer la intervención de la parte contraria, la que debe recibir la notificación de las audiencias de testigos para el beneficio con la copia de la demanda de beneficio. En cualquier estado de la incidencia podría requerir prueba, ya que el beneficio es mutable y contingente dependiendo de los cambios en el patrimonio de quien lo pide y su grupo familiar.

Las pruebas presentadas por el demandado pueden ser tradicionales, periciales, documentales, entre tantas otras, pues la legislación no fijó límites a los medios probatorios.

Además, su papel de fiscal no se agota con el dictamen de la acción de beneficio, dado que esta sentencia no hace cosa juzgada y en cualquier momento, incluso después de la sentencia, el demandado puede aportar nuevas pruebas en el sentido de demostrar la inexistencia de la situación de pobreza del peticionante.

5.6.3. Notificación al demandado del pedido de beneficio

En la legislación nacional y provincial (provincias de Buenos Aires y Córdoba) se prevé, en el rito de los procesos de beneficio de litigar sin gastos, la citación de la parte contraria en

el proceso principal, es decir: aquel de quien se pretende obtener la gratuidad de los actos procesales.

De esta forma, no solo la petición del requerimiento del beneficio debe ostentar la calificación personal del demandado, sino también debe ser efectivamente providenciada su citación, por su papel esencial de parte fiscalizadora del proceso, bajo pena de nulidad.

5.7. Desarrollo del proceso y sentencia

5.7.1. Trámite del beneficio

La competencia para juzgar el proceso de beneficio de litigar sin gastos es el mismo juicio del proceso principal, si ya hubiere sido presentado. Si el proceso del beneficio fue anterior a la demanda principal, no obstante, no habrá prevención.

Instruido el proceso, las partes involucradas en el proceso principal (proceso del que se pretende obtener el beneficio de gratuidad), así como el representante del fisco, son instados a manifestarse en el plazo común de 5 (cinco) días.

Es importante destacar que, a pesar de quedar expresamente prevista la participación directa del representante del fisco en los procesos de beneficio de litigar sin gastos que tramitan por la legislación nacional, provincias como Buenos Aires y Córdoba no adoptan su participación.

Concedido el beneficio, además de quedar exentos de todos los gastos del proceso, la defensa del beneficio será asumida por un defensor oficial, salvo si opta por abogado particular.

El procedimiento previsto en el Código de la provincia de Buenos Aires posee un reglamento muy parecido al nacional con algunas diferencias, como la exigencia de un número mínimo de tres declaraciones testimoniales que deben adjuntarse a la acción inicial, además de que no hay previsión de la participación directa del representante del fisco en el procedimiento.

En la provincia de Córdoba, el proceso se asemeja a la sistemática nacional en relación con la no exigencia de un número determinado de declaraciones testimoniales. Por otro lado, así como en Buenos Aires, no hay previsión de la participación directa del

representante del fisco, sino solo la intervención no obligatoria del Ministerio Público Fiscal, en los términos del entendimiento emanado por el Tribunal Superior, en el Acuerdo Reglamentario N° 363, en el cual fue recomendado a todos los jueces la escucha de ese órgano fiscalizador en los procesos de beneficio de litigar sin gastos (ZALAZAR, 2012, pp. 140-143).

5.7.2. Caducidad de la instancia

La caducidad de la instancia, en el Brasil, también llamada prescripción, instituto de derecho procesal, es el efecto de la inercia de las partes en promover el andamio del proceso. Dada su autonomía, puede operar en el proceso de beneficio, así como en cualquier otro, siempre que la inercia dure el plazo de 3 (tres) meses.

5.7.3. Producción de la prueba

La legislación nacional y provincial acerca del proceso de beneficio de litigar sin gastos prevé que, en el inicio del proceso, el juez determinará las diligencias necesarias para que la producción de las pruebas pendientes sean producidas con la mayor brevedad posible, citándose al demandado y al órgano de recaudación de la tasa de justicia, cuando fuera el caso, para integrar la causa y requerir otras pruebas que entendiera pertinentes al caso.

El acervo de pruebas recibidas en este tipo de procedimiento es extenso. Las modalidades que más se destacan son las pruebas documentales y testimoniales.

Entre las pruebas documentales más comunes, están los comprobantes de rendición de gastos, registros inmobiliarios, extractos bancarios, facturas de tarjetas de crédito, etc.

Las pruebas testimoniales pueden ser producidas previamente al proceso, para ser aportadas en forma de escritos. En algunos casos, tales declaraciones precisan ser

confirmadas en juicio para poseer valor probatorio. En otros casos, las declaraciones son recogidas directamente en el juicio, sin necesidad de entrega previa.

Otro detalle que llama la atención, en relación con la prueba testimonial, se refiere a su cantidad, pues, en determinadas provincias, hay exigencia de un número mínimo de declaraciones testimoniales. En Buenos Aires, por ejemplo, el mínimo son tres testigos, cuyas declaraciones deben ser presentadas por escrito junto con la inicial, bajo pena de negación liminar.

De todos modos, es importante recordar que, para la concesión del beneficio, no se exige prueba pronta y acabada del estado de absoluta pobreza, sino solo que los autos sean instruidos con pruebas razonables, en cuanto a que el peticionante no es capaz de soportar las cargas del proceso principal, sin perjuicio de su propio sustento y el de su familia.

En cumplimiento del contradictorio, que también rige el proceso de beneficio, corresponde al demandante presentar las pruebas de su estado de pobreza, en cuanto que cabe al demandado y al fisco, cuando fuere el caso, producir pruebas para que se desestime la información alegada por el primero. Hay en el proceso esa bilateralidad en la producción de pruebas: el peticionante intenta demostrar que hace justicia otorgar el beneficio y, en el polo opuesto, el demandado y el órgano recaudador hacen las veces de fiscales de las pruebas presentadas, pudiendo, incluso, producir pruebas autónomas (FALCÓN, 2013, pp. 884-885).

5.7.4. Sentencia

El Código de Procedimiento Civil y Comercial nacional prevé que, después de 5 (cinco) días de correr vistas a las partes y al representante del fisco, el juez decidirá si conceder, total o parcialmente, o denegar el pedido.

El juez aprecia libremente las pruebas presentadas, sin que sea necesario verificar el estado de indigencia del requirente del beneficio, sino solo la ausencia de recursos para costear los actos procesales y la imposibilidad de obtenerlos.

La decisión que deniega el beneficio no hace cosa juzgada formal ni material. Su carácter es provisorio y mutable, pudiendo el peticionante pugnar nuevamente por el mismo beneficio, presentando nuevos datos y pruebas para hacer justicia, en los términos del art. 82 del Código nacional. Ese nuevo requerimiento puede ser destinado al mismo juicio o a la instancia superior (Cámara) que, eventualmente, haya confirmado una sentencia de denegación del beneficio.

Si quedara comprobado que los hechos narrados en la petición son falsos, el peticionante será condenado, incluso, al pago de multa por un monto doble al correspondiente a la tasa de justicia involucrada, sanción que no está reproducida en la legislación provincial de Buenos Aires ni en la de Córdoba.

5.7.5. ¿Hace cosa juzgada la sentencia del beneficio?

Concedido el beneficio de forma total o parcial, así como denegado, la sentencia no hace cosa juzgada; puede ser modificada conforme haya cambios en la situación financiera del autor del pedido o lo que la doctrina argentina (SAIACH y KNAVS, p. 262) titula como "mejora de fortuna".

La sentencia denegatoria no constituye cosa juzgada; el beneficio puede ser reformulado por aquel que ya lo tuvo denegado, por ser considerado solvente.

En este caso, habiendo pruebas de las nuevas condiciones económicas desfavorables del peticionante, este podrá tener el beneficio concedido, pero sin efectos retroactivos, otorgándose a partir de la petición de reformulación del pedido.

De la misma forma, se entiende con relación al requirente que tuvo el beneficio negado por ausencia de pruebas de su estado de insolvencia.

5.7.6. Concesión total o parcial

La sentencia puede conceder el beneficio total o parcialmente. La concesión parcial puede referirse a una proporción del total requerido, como por ejemplo, el porcentual de 50% del total de los costos en el proceso.

Además, la parcialidad puede ser relativa a determinados aspectos del proceso, como por ejemplo, exceptuar al peticionante solo en lo referido al pago de la tasa de justicia, costas u honorarios.

5.7.7. Rechazo del beneficio

La decisión que deniega el beneficio, como ya fue explicado, no hace cosa juzgada material, pudiendo el demandante, en cualquier momento, peticionar nuevamente al recolectar nuevas pruebas de su supuesto estado de pobreza procesal.

Además, por las mismas razones, el beneficio concedido puede ser rechazado, en cualquier momento, en virtud de nuevas pruebas presentadas por el demandado o el representante del fisco, cuando hubiera, siempre que quede comprobado que el demandante no hace justicia al beneficio o que hubo mejora de su situación financiera.

Entre las principales razones de no otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, están: la existencia de patrimonio incompatible con el pedido, la ausencia de pruebas y la negligencia en la producción de ellas.

5.7.8. Apelación

El recurso admisible para la decisión que concede o deniega el beneficio es la apelación. El Código nacional (art. 81) o el de Buenos Aires (art. 81) y el de Córdoba (art. 105) prevén que, de la decisión que concede el beneficio, aunque parcialmente, cabrá apelación que será receptada con efecto devolutivo.

A pesar de cada Código aportar un texto distinto en lo referido a los efectos de la recepción del recurso —el Código nacional dicta expresamente “solo en el efecto devolutivo” o el de Córdoba prevé: “sin efecto suspensivo”, mientras que el Código de Buenos Aires expresa “recibido en el efecto devolutivo”— y que por largos años generó polémica, hoy es mayoritaria la opinión de que la apelación interpuesta ante la decisión que concede el beneficio es recibida solo con efecto devolutivo.

En lo que atañe a la decisión que deniega el beneficio, es pacífico el entendimiento de que el recurso debe ser recibido con efecto suspensivo (suspende el pago de las costas).

5.7.9. Alcances del beneficio y la mejora de fortuna

El beneficio de litigar sin gastos constituye una concesión procesal de naturaleza amplia a aquel que comprueba la carencia de recursos. Una vez concedido el beneficio, el peticionario queda exento de pago no solo de los gastos iniciales con la demanda, sino de todos los actos hasta el desenlace final del proceso.

Cabe enumerar las principales exenciones:

- *Tasa de justicia (3% del valor de la causa en la Capital; 2,2% en la provincia de Buenos Aires; y 2% en la provincia de Córdoba);*
- *“Sellado de Actuación” (sello de actuación);*
- *Contracautelas (garantías en las acciones cautelares);*
- *Anticipación de gastos y pago de costas periciales;*
- *Honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de la propia parte como de la parte contraria;*
- *Depósito para recurrir la denegación del recurso extraordinario federal;*
- *Depósito para subir el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley;*
- *Cumplimiento condicional de la sentencia en sede laboral provincial;*

Una de las pocas excepciones a la extensión del beneficio es el costo de la publicación de edictos y algunos impuestos provinciales originados de los sellos.

En virtud de lo ya manifestado, el beneficio es personal e intransferible, solo vale para el propio beneficiario y para el juicio que se pidió. Sin embargo, es posible extender el beneficio para litigar contra persona diversa dentro del mismo juicio, por el mismo procedimiento.

No está de más recordar que, además de las excepciones pecuniarias previstas, el beneficiario tendrá su defensa asumida por un defensor público, salvo si prefiere un abogado particular.

Por último, si el beneficiario fuera vencedor en la demanda, deberá pagar por costas y gastos del proceso la tercera parte de lo que recibe como victorioso, aunque el valor total recibido no represente una efectiva mejora de su fortuna.

Los efectos del beneficio pueden cesar si la alteración de la situación económica del peticionante así lo justifica. Es lo que la doctrina y la legislación civil (Código Civil nacional) llaman "mejora de fortuna", que funciona como una especie de condición resolutoria para la eficacia del beneficio. En otras palabras, el beneficio, una vez concedido, permanece válido hasta que haya la comprobación de la nueva situación fáctica, que el juicio entienda como una mejora de fortuna del requirente.

Cabe destacar las enseñanzas de Saiach y Knavs (2007, p. 230), que aclaran el concepto de "mejora de fortuna".

El beneficio de litigar sin gastos genera una obligación que participa de los caracteres de los que contienen la cláusula "a mejor fortuna", legisladas por los arts. 620 y 572 del Código Civil. Su exigibilidad se halla sujeta a un hecho futuro eventual como es el mejoramiento de fortuna del deudor, se trata de una obligación condicional resolutoria. De no cumplirse la condición de la exención se convierte en definitiva, o sea, solo renace la responsabilidad por el pago de los gastos del proceso si el interesado mejora de fortuna.

Al respecto, se resalta que esa situación fáctica posterior a la concesión del beneficio puede ser probada incidentalmente.

5.7.10. Beneficio provisional

El beneficio de litigar sin gastos, en la modalidad provisional, es aquel que tiene un plazo prefijado para su inicio y término. Está previsto en el art. 83, tanto del Código nacional, como en el de Buenos Aires, y en el art. 103 del Código de Córdoba. Estos dispositivos determinan que, hasta que sea dictada la sentencia, las solicitudes y

presentaciones de ambas partes estarán exentas del pago de impuestos y sellos de actuación, los que serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación del beneficio.

Su objetivo es evitar la paralización del proceso principal, en vista de la deficitaria situación financiera de las partes. En la práctica, los efectos son los mismos del beneficio definitivo, sirviendo para garantizar el andamio del proceso principal en cuanto no es resuelto el proceso definitivo del beneficio.

La concesión del beneficio provisional es automática, bastando que el peticionante pida el beneficio definitivo para que sea concedido el provisional.

5.8. Otros beneficios relativos a la gratuidad de acceso a la justicia

Además de los beneficios ya demostrados, hay otros que, del mismo modo, contemplan a las personas necesitadas y que precisan de esa asistencia jurídica, como se pasa a indicar.

5.8.1. Beneficio de la Justicia Gratuita al Consumidor

La Ley Nacional de Defensa del Consumidor, Ley N° 26.361, en su art. 53, determina que en las demandas judiciales que involucren derecho de un consumidor, le será concedido a él el "beneficio de la justicia gratuita", *in verbis*:

Art. 53. Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

Se trata del beneficio automático, correspondiendo a la parte contraria en la demanda probar la solvencia del consumidor para hacer cesar el beneficio.

Según Zalazar (2012, pp. 43-45), la doctrina critica bastante el término "justicia gratuita", por considerarlo vago e impreciso en cuanto a su alcance. Actualmente, no hay consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia con relación a cuáles gastos procesales quedan exonerados exactamente del proceso, lo que se llama "sistemática de la asistencia gratuita", mientras que otra parte entiende que tendría un alcance más amplio, semejante al beneficio de litigar sin gastos.

La posición dominante predica que la sistemática de la asistencia gratuita alcanza solo a los gastos iniciales del proceso y que, para resguardarse en cuanto a los gastos totales de la demanda, el consumidor debe necesariamente requerir el beneficio de litigar sin gastos.

Algunos tribunales, como en Córdoba por ejemplo, declararon la inconstitucionalidad del art. 53 de la Ley N° 26.361, pues se trata de materia tributaria (recaudación de la tasa de justicia), lo que sería de competencia legislativa de las provincias.

En la práctica, varias provincias ya reconocen el derecho de la gratuidad al consumidor, con reglamentación propia, como Buenos Aires, cuya materia fue disciplinada en el Código de Implementación de los Derechos del Consumidor y Usuarios (Ley N° 13.133), en su art. 25.

5.8.2. Beneficio del trabajador

La Ley Nacional de Contrato de Trabajo, Ley N° 20.744, en su art. 20, determina que será concedido el “beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales y administrativos derivados de la aplicación de esta ley”, preceptuando:

Artículo 20. Gratuidad

El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno.

En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante.

De esa forma, el legislador nacional confirió, de forma automática, la concesión del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales y administrativos derivados de cuestiones laborales en general, de los estatutos profesionales y de las convenciones colectivas de trabajo.

El beneficio es muy similar al del consumidor, alcanzando solo los gastos iniciales de la demanda, como la tasa de justicia, pero no los gastos totales si fuese vencido en la demanda. Así como en el caso del consumidor, para garantizar la exención de todos los gastos, el trabajador debe solicitar el beneficio de litigar sin gastos.

Es importante resaltar que cada provincia puede reglamentar el alcance del beneficio con previsión legislativa propia. Sin embargo, hay entendimiento firmado en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto a que el alcance de la asistencia gratuita al trabajador no es igual al beneficio de litigar sin gastos. El beneficio del trabajador, así como el del consumidor, es más restringido y debe abarcar solo los gastos iniciales de la demanda.

5.8.3. Asistencia Jurídica Gratuita (Ley N° 7982, prov. de Córdoba)

La provincia de Córdoba garante a sus ciudadanos la llamada "asistencia jurídica gratuita", implementada por la Ley provincial N° 7982, prestada por el Poder Judicial y debida a toda persona, física o jurídica sin fines lucrativos, que carezca de recursos económicos para obtenerla de modo privado.

Cabe reproducir el art. 1° del referido instrumento legal:

Artículo 1º. Gratuidad. En la provincia de Córdoba se brindará asistencia jurídica gratuita a toda persona que carezca de recursos económicos suficientes para obtener asistencia letrada privada, en las condiciones establecidas en la presente Ley.

La concesión de este beneficio depende de la declaración juramentada del requirente y prestada ante el Secretario de la Asesoría Letrada, órgano del Poder Judicial.

Para la concesión, se consideran los ingresos del requirente, que no pueden ser superiores a 20 "jus", unidad de medida local disciplinada periódicamente por el Tribunal Superior de Justicia¹⁵⁸.

Constituyen órganos integrantes de la asistencia gratuita de Córdoba: la Mesa de Atención Permanente, el Cuerpo de Asesores Letrados y el Colegio de Abogados, en los casos que tramiten en los Juzgados de Paz vecinales, causas de pequeño valor y que involucran derechos de vecindad.

Si el beneficio no fuera concedido, por no encuadrarse el peticionante en los requisitos legales, cabe incluso la sustitución del pedido para convertirlo en declaratoria de pobreza (beneficio de litigar sin gastos).

Así como en el beneficio de litigar sin gastos, hay sanción por falsedad en la información, que si es comprobada, hace cesar la representación concedida, así como estipula los honorarios a pagar, a favor de la provincia.

158 A la fecha, un "jus" corresponde a \$ 411,58 (cuatrocientos once pesos y cincuenta y ocho centavos).

Además, de producirse mejora de la fortuna, cesan los efectos del beneficio, salvo demanda penal. En estos casos, el requirente no se exime de pagar los honorarios pendientes.

Como se ve, el régimen de asistencia gratuita de Córdoba se refiere solo a la asesoría jurídica del desprovisto de recursos para contratar en la esfera privada. A pesar de entender que el beneficiario debe estar también exento de costas, él puede ser condenado a pagarlas al final y, si no tuviera el beneficio de litigar sin gastos, tendrá que hacerlo.

En realidad, el régimen de la asistencia gratuita solo exime al beneficiario de los gastos iniciales del proceso. Para salvaguardar todos los gastos, el requirente, así como en los beneficios nacionales del trabajador y consumidor, debe obtener el beneficio de litigar sin gastos, que es más amplio. Son esclarecedoras las enseñanzas de Zalazar (2012, pp. 34-35), que destaca las principales diferencias entre la sistemática de la asistencia gratuita y el beneficio de litigar sin gastos, de la siguiente manera:

Preliminarmente, podemos decir que mientras la concesión de la asistencia gratuita implica un mero trámite de jurisdicción voluntaria, que consiste en la presentación de una declaración jurada, en la que se controla la concurrencia de los requisitos que marca el art. 27 de la ley 7982 e cuyo control compete exclusivamente al órgano de aplicación —Ministerio Público—; la declaratoria de pobreza exige un proceso contradictorio, ya que prevé la intervención de la contraparte, con atribuciones para objetar la procedencia. Del beneficio, fiscalizar la prueba y según las corrientes procesales más modernas, hasta ofrecer aquellos que desvirtúen las producidas por el peticionante [...] Por otra parte, debemos subrayar, que mientras en el sistema de la asistencia jurídica gratuita se establece la necesidad de la suscripción de una declaración jurada sobre el monto de los ingresos y rentas, no únicamente del peticionante sino de su grupo familiar, y el cual no puede superar el tope fijado por dicha ley; en el caso del beneficio de litigar sin gastos, solo se deben valorar a los fines de concederlo o no los ingresos del peticionante y no de su grupo familiar.

Entonces, la asistencia gratuita constituye un procedimiento de jurisdicción voluntaria, iniciado a partir de una declaración juramentada, cuyo control compete al Ministerio Público Fiscal; el beneficio de litigar sin gastos es un proceso defectuoso del contradictorio, teniendo intervención de la parte contraria en la demanda principal, que además de controlar las pruebas presentadas por el autor, también puede producir las propias.

Por último, la asistencia gratuita considera, a los fines del parámetro financiero del requirente, todo el ingreso familiar y, concedido el pleito, el beneficio tendrá efectos solo para la demanda específica por el cual fue solicitado. Por el contrario, en el beneficio de litigar sin gastos, se tiene en cuenta solo el pretendido beneficiario, con posibilidad de extenderlo a otras demandas de los autos, a personas distintas, dentro del mismo juicio y por el mismo procedimiento.

5.8.4. La actuación del Ministerio Público de la Defensa

Antes de la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público de la Argentina integraba la estructura del Poder Judicial y estaba subordinado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin embargo, en la actualidad, el Ministerio Público se tornó una institución independiente de los poderes del Estado, con autonomía funcional y financiera, en los términos del art. 120 de la Constitución de la Nación, *in verbis*:

Artículo 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Como se extrae del texto constitucional, el Ministerio Público pasó a ser un órgano compuesto por dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal, cuya jefatura está a cargo del Procurador General de la Nación; y el Ministerio Público de la Defensa, comandado por el Defensor General de la Nación.

Cabe destacar que, en el ámbito de las acciones de libre acceso a la justicia, el Ministerio Público de la Defensa es una institución cuya finalidad esencial es la defensa y protección de los derechos humanos y fundamentales, garantizando acceso a la justicia y asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, especialmente, para aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La reglamentación acerca de la estructura y funcionamiento de ese órgano fueron inicialmente trazados por la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N° 24.946 de 1998. Y actualmente, el reglamento se completa por los preceptos de la reciente Ley N° 27.149 de 2015 (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa), que hoy trata el tema y reafirma su independencia y autonomía, funcional y financiera, con actuación en la promoción del acceso integral a la justicia, y destaque de las personas en situación de vulnerabilidad. Cumple reproducir el art. 1° de la mencionada ley:

Título I. Principios generales y resguardos institucionales

ARTÍCULO 1°. Función principal

El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de y vulnerabilidad.

Se reproduce incluso:

ARTÍCULO 5°. Principios específicos

Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa desarrollan su actividad del acuerdo con los siguientes principios:

[...] f) Gratuidad e intervención. Los servicios que presta el Ministerio Público de la Defensa son gratuitos para quienes se encuentren abarcados por las condiciones requeridas en la presente ley y se reglamentación.

El Ministerio Público de la Defensa establece los criterios objetivos e subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada.

Nótese que la Ley N° 27.149 de 2015 (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa), trata expresamente de la gratuidad de los actos practicados por el órgano, lo que demuestra su condición protagonista en el ámbito del vigente cuadro de instituciones públicas actuantes en el campo de la promoción del libre acceso a la justicia.

5.8.5. La actuación del Defensor del Pueblo de la Nación

El Defensor del Pueblo de la Nación es un órgano creado dentro de la estructura del Poder Legislativo nacional de la Argentina, dotado de plena autonomía, para la defensa de los derechos humanos y demás derechos relacionados especialmente a las funciones administrativas públicas.

La Constitución de la Nación, en su art. 86, trae el reglamento general de ese órgano esencialmente fiscalizador:

Art. 86. *El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros

presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Respecto de la actuación de ese órgano, tanto la Constitución nacional como la ley nacional específica que disciplina la materia (Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379), orientan en el sentido de que, además de la actuación de oficio, todo ciudadano puede petitionar al Defensor del Pueblo de la Nación una investigación referida a cualquier acción u omisión de repartición pública nacional o empresas prestadoras de servicios públicos, siempre que la queja se refiera al mal funcionamiento, ilegitimidad, falta de respuesta a reclamaciones efectuadas, mal prestación de servicio, insuficiencia de información, violación a derechos humanos del usuario y del consumidor, cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente y casos de incumplimiento de sentencias judiciales por parte del Estado.

En este sentido, los preceptos del art. 43 de la Constitución de la Nación determinan:

Art. 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus será interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La Ley N° 24.284, que reglamenta de forma minuciosa la estructura y funcionamiento del órgano, destaca que la tramitación de la queja formulada por el ciudadano es gratuita y, en ese sentido, constituye el instrumento más importante de promoción de la ciudadanía y del libre acceso a la justicia. Se destaca el art. 19 del referido instrumento legal:

ARTÍCULO 19. Queja. Forma. Toda queja se debe presentar en forma escrita y firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellido y domicilio en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que ocurriere el acto, hecho u omisión motivo de la misma.

No se requiere al interesado el cumplimiento de otra formalidad para presentar la queja.

Todas las actuaciones ante el Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado, quien no está obligado a actuar con patrocinio letrado.

Es indudable que el sistema argentino es más complejo que el nacional brasileño, principalmente, en lo que concierne a lo contencioso civil, en reconocer los beneficios del sistema para el recrudescimiento de la distribución de Justicia Social, democratizar el acceso al Poder Judicial y, consecuentemente, mejorar las relaciones de la ciudadanía con la pacificación de los conflictos.

6. CONCLUSIÓN

La presente tesis procuró demostrar que el acceso a la justicia, previsto como garantía constitucional en el Brasil y en la Argentina, encuentra un obstáculo en su efectividad, principalmente, en razón de los costos del proceso y de la dificultad de los necesitados para ser amparados por la asistencia jurídica gratuita o por la justicia gratuita en el Brasil y por el beneficio de litigar sin gastos en la Argentina.

Se verificó que el acceso a la justicia, previsto como derecho fundamental y tutelado por el Estado, en el art. 5º, inc. XXXV, de la Constitución de la República (BRASIL, 1988), es también el instituto que permite analizar los impedimentos u obstáculos que limitan la búsqueda en la Justicia brasileña, sugiriendo modelos que permitan optimizar la accesibilidad, por ejemplo, a través de la modernización del sistema, de la creación de criterios más objetivos, del ofrecimiento de recursos que sirvan de triaje para evitar la judicialización de las demandas y la litigiosidad en las relaciones sociales.

Los Tribunales Especiales en el Brasil surgieron como corolario de la definición de Justicia de “pequeñas causas”, en las cuales el bajo valor económico en litigio autoriza la total exención en el pago de las costas procesales. Pero su concepto no se aplica a las hipótesis en las que, aun habiendo un interés económico elevado en la lid, una de las partes no posee capacidad de solventar las costas del proceso, ni contempla la situación en la que los trabajos jurídicos y el tiempo gastado fueron mayores que el interés financiero en disputa.

De hecho, hay ejemplos de la Justicia Electoral en el Brasil y en la Argentina, que prácticamente aplica el sistema de “enfoque del acceso a la justicia”, en el cual hay total exención en el pago de las costas procesales, independientemente de la evaluación económica de aquellos que a ella recurren. Se advierte que ese modelo es ofrecido en ámbito incluso moderno, acelerado, lo que sugiere una amplia reforma volcada a la primacía de la celeridad y la eficiencia con bajo costo o ninguno.

En el sistema electoral brasileño no hay sucumbencia, no se discuten honorarios, quedando al encargo de aquellos que de ella necesitan, donde el abogado no es exonerado, bajo pena de violación al principio fijado en el art. 133 de la Constitución Federal. En esa percepción, el acceso a la Justicia es bastante amplio, independiente de métodos alternativos y previos, para la solución de conflictos. En la Argentina, la aplicación de la legislación electoral es similar a la brasileña, donde rige el principio de gratuidad,

previsto en el art. 37 de la Constitución nacional, como medio de asegurar los derechos políticos (FIGUEIREDO, 2013, p. 108).

Indudablemente, después de esta comprensión, es posible verificar que el sistema brasileño es mucho más amplio que el argentino, o menos complejo, más veloz, buscando alcanzar a un mayor número de jurisdicionados.

Las experiencias, sin embargo, están lejos de alcanzar el real objetivo garantizado en el art. 5º, inc. XXXV de la Constitución Federal brasileña, como derecho fundamental, uno de los presupuestos de la existencia y del reconocimiento del Estado Democrático de Derecho.

No se rechazan las costas procesales. No obstante, se critican los sistemas hoy vigentes que tienden a democratizar el acceso a la Justicia, pues su capacidad, por ser meramente subjetivos o por centralizar la disposición de la máquina estatal para administrar los conflictos individuales y civiles, acaba tornándose en un sistema "incapaz de apreciar los conflictos colectivos de dimensión social", conforme asevera Wolkmer (1994, p. 86).

El alto valor de las costas procesales, en ocasiones, se ha tornado un obstáculo para el acceso a la justicia, pues muchos de los jurisdicionados no consiguen soportar la carga económica del proceso, y al mismo tiempo, no pueden ser asistidos por el Estado, pues no se encuentran albergados por la asistencia gratuita integral o no consiguen el beneficio de la gratuidad, en vista del carácter subjetivo del juzgador.

En efecto, como alertaron Cappelletti y Garth (1988, p. 19), se torna claro que el elevado costo del proceso, en la medida en que una o ambas partes deban soportarlo, constituye una importante barrera para el efectivo acceso a la justicia.

El equilibrio es, sin duda, la meta a ser alcanzada en el estudio del acceso a la justicia, que debe ser, al mismo tiempo, amplio, irrestricto, garantizado e indiscutible, así como isonómico, equitativo y razonable.

La asistencia jurídica gratuita en el Brasil posee fundamento constitucional propio, tal como asegura el art. 5º, inc. LXXIV, de la Constitución republicana de 1988, al establecer que el Estado la prestará "a los que comprobaren insuficiencia de recursos" (BRASIL, 1988). Los arts. 134 y 135, también constitucionales, establecen los fundamentos de las llamadas Defensorías Públicas, como órganos vinculados al Poder Ejecutivo, a través de los cuales se proveen abogados para aquellos que, por insuficiencia de recursos financieros, están al principio alejados del derecho de buscar la justicia para la solución de litigios.

Del mismo modo, el Código de Procedimiento Civil contempla la justicia gratuita para aquellos que, aun poseyendo abogado particular, no tienen condiciones de solventar el valor de las costas procesales.

En la Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 78 y siguientes; el art. 12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el art. 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires prevén la concesión del beneficio de litigar sin gastos. El art. 332 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe establece los criterios de su alcance.

Como señalan Saiach y Knavs (2007, pp. 14-15), "el beneficio de litigar sin gastos fue creado teniendo en cuenta la garantía de la defensa en juicio, el principio de igualdad ante la ley [...]".

Por otro lado, la población más necesitada tiene asistencia jurídica gratuita por medio del Defensor del Pueblo de la Nación, basado en el modelo de control jurisdiccional ejercido por el Estado, vigente también en países como Suecia, Finlandia, Dinamarca, Israel, España y otros. Fue creado por la Ley N° 24.284/1993 y posterior modificación por la Ley N° 24.379, cuya función está vinculada al Poder Legislativo, con mandato de 5 años, para la función de defensa de la sociedad contra hechos, actos y omisiones de la Administración Pública, conforme establece el art. 86 de la Constitución nacional.

También está la estructura del Ministerio Público de la Defensa, similar a la Defensoría Pública brasileña, actuante en la esfera estadual y federal; posee representatividad en la Corte Suprema, compuesta por defensores, tutores y curadores públicos, prestando asistencia judicial y jurisdiccional de consultoría y soluciones extrajudiciales de conflictos, tal como en el Brasil, a quienes sufren de falta de recursos (BRAUNER, 2010, p. 74).

La Defensoría Pública también ejerce un papel importante en la protección de los derechos humanos, conforme establece la norma contenida en el art. 51 de la Ley N° 24.946: "Realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos y promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados".

Ocurre que las Defensorías acaban no respondiendo al objetivo para el cual fueron creadas, pues concentran su funcionalidad en pos de la disolución de conflictos privados, mayormente individuales, en detrimento de la solución de demandas colectivas con cobertura de los derechos sociales, principalmente, de los que se hallan en el estrato más pobre de la población.

Por cierto, que el número de Defensores Públicos o dativos es siempre inferior a la demanda, lo que compromete la calidad de los servicios prestados, los que también se califican por una característica de excesiva concentración. En el Brasil, esto acaba por apartar variaciones como el llamado "*sistema judicare*", rotulado por la elección del ciudadano económicamente carente entre los abogados que, inscritos en determinados programas, vienen a ser posteriormente remunerados por el Estado, algo semejante a las remuneraciones de procedimientos de salud pública (CAPELLETTI y GARTH, 2002, p. 40).

Esa aparente dificultad en ecualizar la gratuidad de la Justicia bajo los sistemas vigentes acaba por postergar la ampliación cuidadosa del acceso a la Justicia propiamente dicho, pues no presenta alternativas para la tutela de los intereses que, por una serie de circunstancias, no podrían tener la disputa totalmente tutelada por el Estado; deben existir variantes que, dentro de una cobertura eminentemente privatista, presenten formas de solución sin que el aparato público-estatal del Poder Judicial fuese obligatoriamente accionado.

De ahí surge que, tal como rotulan Capelletti y Garth (2002, pp. 67-68), la percepción de que tanto la asistencia jurídica como la tutela de intereses públicos, difusos o colectivos, así como los reglamentados, para ser favorecidos con un acceso bastante irrestricto a la Justicia, acaban por ser sometidas a análisis de un elemento más amplio, cuyo enfoque es el acceso a la pacificación social, aunque analizadas bajo prismas distintos de los conceptos tradicionales de Poder Judicial como actividad exclusiva del Estado, observando algo mayor.

Se advierte que no se desprecian las instituciones de la justicia gratuita y del derecho de litigar sin gastos como criterio circunstancial de exención de costas ni de la asistencia judicial gratuita que, junto con la tutela de los intereses difusos y colectivos, concierne respectivamente a las Defensorías Públicas, individualmente considerados los intereses y el Ministerio Público en la segunda hipótesis.

Al mismo tiempo, los sistemas presentes en el ordenamiento jurídico deben ser reforzados con la percepción de que las demandas específicas, como las de pequeña valoración económica; las estrictamente privadas, como las disputas societarias y hasta incluso las electorales, guarden criterios propios para ser incluidas en la égida de la realización de Justicia, distribuyéndose las primeras a tribunales así establecidos, las segundas a juicios arbitrales y conciliatorios, y las terceras, a un sistema judicial totalmente gratuito, a pesar de, en este último caso, presentar algunas distorsiones.

El acceso a la justicia, antes estigmatizado como posesión del Estado, con el pasar del tiempo viene abriendo espacio a nuevas ideas y propuestas renovadoras que están directamente ligadas a la tendencia desjudicialización de los conflictos. La implantación de estos nuevos métodos busca la autocomposición de los conflictos, por vía judicial o extrajudicial (MANCUSO, 2011, p. 23).

Se busca ecualizar el cumplimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia de no ser excluido por el Poder Judicial, e incluso con la autorización constitucional para que se cobren las costas forenses además del pago de tributos ordinarios; se sugiere que, con la evolución normativa, principalmente, aquellas alusivas al proceso electrónico, sean abarataados los costos para contemplar el rol de los que no pueden tener el acceso a la justicia negado, como hay ejemplos, en el Brasil, de los Tribunales Electorales, Tribunales Especiales, estaduais y federales, y en la Argentina, las acciones del consumidor y del trabajador.

Se verifica que es posible repensar el acceso a la justicia de modo que se amplíe el hecho o ejercicio de la ciudadanía, democráticamente asegurada en el Brasil y en la Argentina, sea disminuyendo las costas procesales, sea estableciendo otros criterios para la concesión de la gratuidad de la justicia, lo que autoriza a discutir, hasta incluso el extremo de total exención de costas, no obstante, distribuyendo mejor otros medios parajudiciales de solución de conflictos, resguardando eventuales excesos.

Dentro de un cuadro comparativo, la Justicia, así reconocida en los sistemas occidentales, basados en la experiencia histórica europeo-continental, bajo los fundamentos filosóficos griegos y romanos, ha de reconocerse que, al permitir, sin restricciones. El acceso de la población al Poder Judicial, este como moderador y titular del poder de juzgar y resolver conflictos, mejor será la calidad de esa población. Al contrario de lo que afirman los pesimistas, no habrá un exceso de litigiosidad, pero a la inversa, se fortalecerán las relaciones interpersonales, bajo la creencia de estar debidamente amparadas por el Estado constitucional y democrático de derecho y bajo los vestales de la república.

6.1. Conclusiones generales y tesis sustentada

Conforme se ha destacado, el acceso a la Justicia, cuanto más amplio, mayor será la sensación de protección sobre las relaciones sociales, reforzando la efectivización de las

nociones de ciudadanía, respeto mutuo, civilidad, igualdad, seguridad y obediencia a las normas.

No obstante, la sistemática en vigor, en ambos países estudiados, se muestra insuficiente para promover ese derecho fundamental de acceso a la justicia, en consecuencia, inepta para reducir los conflictos sociales. Ello, porque el acceso a la justicia no significa solo la interposición de la acción; significa, también, asistencia, orientación y auxilio a aquellos que la necesitan. Así, una vez accionada la justicia, es necesario tener efectividad en el trato de esas relaciones.

En una sociedad organizada y en creciente perfeccionamiento, las instituciones deben ser valorizadas, fortalecidas y cuanto mayor sea la capacidad de resolución o mediación de conflictos, mayor será la importancia social del Poder Judicial, pues más calificada será la convivencia social.

El perfeccionamiento del acceso a la Justicia ejerce un papel fundamental en ese desarrollo institucional. No es porque la prestación del servicio público sea cara, que deba haber exclusión en razón del nivel socioeconómico. En caso de que ello ocurra, debilitará a la ciudadanía frente al ejercicio pleno de derechos y conocimiento claro de los deberes. Una justicia inaccesible o cara lleva una amenaza plutocrática a la democracia, deteriorándola frente a un exclusivo poderío económico dominante.

Garantizar derechos demanda responsabilidad, y todo derecho representa un costo social, como observaron Sunstein y Holmes (2012, pp. 34-35), al analizar el costo de los derechos. No es diferente con el derecho de acceso a la justicia, una garantía constitucional que debe ser respetada.

Entre las garantías fundamentales, el acceso a la Justicia es una forma de realizar la justicia social, mitigando desigualdades, principalmente, en un ambiente de grave desnivel social, tanto en el Brasil como en la Argentina. Es como decir: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad de los sistemas de pensamiento" (RAWLS, 1981, p. 27).

Evaluar si determinada medida es o no exigida por la "justicia social" consiste en una tarea que también implica el derecho y la defensa de los pilares constitucionales que sustentan el Estado. Los políticos que responden por el Poder Público no siempre están conectados con las necesidades, o casi siempre distante de la realidad, de las demandas sociales más evidentes, entre ellas, la seguridad jurídica y judicial.

Es bastante triste acreditar enteramente que la realización de la Justicia demande tantos recursos financieros que le impida ser más amplia, segura y accesible posible, revelando una sociedad más distributiva, con más oportunidades y desarrollo, reduciendo la insatisfacción popular.

En este punto, todos poseen sus respectivos grados de responsabilidad, no solo el Poder Público, sino la sociedad como un todo, incluyendo el papel de la Asociación de Abogados del Brasil, ante lo que establece el art. 133 de la Constitución de la República.

La Carta Constitucional brasileña asegura que, entre los derechos fundamentales previstos, se afirma el acceso a la Justicia como uno de los predominantes de la justicia social, que mejora la calidad de vida de los ciudadanos, en la medida en que amplía la oferta a los mecanismos ofrecidos por la Constitución para hacer valer sus derechos.

Nada más justo que las entidades de derecho privado corroboren esta expansión de los derechos, promoviendo organizaciones no gubernamentales, entidades filantrópicas de asesoramiento jurídico, sin perjuicio de la llamada *pro bonus*, ejercida por las grandes firmas de abogados que podrían, por ejemplo, estar sujetas a programas de incentivos fiscales.

La creación de tribunales arbitrales y de mediación también puede colaborar en la ampliación del acceso a la Justicia, abaratando los costos financieros para la resolución de disputas.

Sin duda, hoy, uno de los mayores retos para muchos gobernantes es la promoción social, política, económica y cultural en toda su plenitud, siendo efectivamente solidaria con los conceptos fundamentales de justicia. En efecto, es imposible que haya justicia sin que haya igualdad de oportunidades y libertad de elección del individuo, incluido un amplio y democrático acceso a la Justicia.

Los principales desafíos, al enfrentarse la cuestión relativa al acceso a la justicia de los necesitados, van más allá del factor económico; se suma incluso la percepción negativa que la población tiene del sistema judicial, desacreditándolo, que fomenta una sensación de indefensión, de inseguridad jurídica, de desconfianza hacia el Estado.

Cuanto más se populariza la función judicial, ya sea a través de campañas junto a organizaciones no gubernamentales o fundaciones públicas o privadas, además de un papel clave de las entidades que gravitan alrededor del Poder Judicial, como asociación de jueces, de miembros del Ministerio Público y Asociación de Abogados del Brasil, más se facilitará el acceso a la justicia, buscando nuevos rumbos, prestando orientación jurídica sobre los derechos de los ciudadanos, superando las barreras del acceso a la justicia, que

no se limita a la mera posibilidad del ciudadano de acceder al sistema judicial, sino que también implica la propia consciencia de acceso a la justicia, con el más amplio conocimiento de los derechos involucrados.

Una sociedad es más libre y sus ciudadanos son más conscientes y civilizados cuando se tiene la sensación de un fuerte respeto institucional, especialmente, en relación con el Poder Judicial, ello con transparencia, eficiencia, probidad, celeridad y accesibilidad.

Un Poder Judicial más barato no significa menos funcional, pues las tecnologías que están disponibles autorizan a imprimir mayor dinamismo al proceso, sobre todo, en la mejora del llamado Proceso Electrónico, al disminuir la distancia entre el jurisdicionado y la Justicia.

Un ejemplo para mejorar el funcionamiento sería en relación con las llamadas adyacencias de comarca, municipios que no son sede de comarcas, que a veces se encuentran a gran distancia de la sede del juicio. En el proceso virtual, solo se construirían salas de Audiencia y Conciliación, en las que un mediador presencial conduciría la instrucción oral, transmitida en línea a través de cámaras, tomaría declaraciones e interrogaría a los testigos de ser necesario. Las sentencias estarían disponibles de forma virtual. La policía judicial funcionaría normalmente con esta hipótesis.

Hay muchas otras prácticas aún no concebidas o apenas experimentadas en ciertas regiones del Brasil, al igual que el proceso virtual, de las cámaras de providencias, con el objetivo de mejorar la interrelación entre el acceso a la Justicia, la distribución de derechos y la garantía del cumplimiento de los deberes.

La Justicia como institución debe acompañar la evolución de la sociedad, creando un mecanismo que incremente su funcionamiento y busque alcanzar, cada vez más, cualquier segmento de la población, sin tener en cuenta la situación financiera de cada uno de los ciudadanos, ya sea en el Brasil como en la Argentina.

Obsérvese que las costas de las partes engloban las costas y los gastos procesales efectuados durante el procedimiento, incluyendo todas las diligencias y actos necesarios al instrumento procesal, pero que no están contemplados por la servicio judicial, al igual que los honorarios de los peritos, la remuneración del traductor, intérprete, evaluador, encargado, los gastos notariales y de correo, o incluso el reembolso de las diligencias promovidas por el Oficial de Justicia, mientras que las costas en el sentido estricto, representan la formación y la finalización del proceso. Sin embargo, al final de la demanda,

si resulta vencedor, todos los gastos incurridos en el proceso serán reembolsados por el vencido.

Este sistema hace que el pago de los costos de la Justicia no sea relegado, porque genera fondos para el equipamiento en los tribunales que, aunque sea en el sector administrativo, torna eficaz el costo de los acrecentamientos para mejorar la prestación de los servicios judiciales. La recaudación debe tener en cuenta la concesión de justicia gratuita de manera amplia y sin restricciones.

Se debe tener suficiente preocupación, incluso en los tiempos modernos, con el restablecimiento de la imagen del Poder Judicial como institución seria, sólida, eficaz y, repetidamente, accesible.

La mención de situaciones decisorias emanadas con relevante consecuencia positiva para la percepción popular sobre el Poder Judicial debe resaltarse por medios legales, especialmente, cuando se está ante el respeto de los principios y garantías fundamentales, y firme en hacer cumplir la ley, con independencia de quien quiera que sea o poder que, eventualmente, haya poseído junto a la Administración Pública.

No es cercenando el alcance popular a la justicia, al proceso, que se validarán las relaciones sociales, con el argumento de recelo por exceso de litigiosidad. Por el contrario, el acceso a la Justicia amplificado valoriza las relaciones, como el consumo, fomentando la resolución de conflictos por la vía administrativa, especialmente con la reparación inmediata del daño, relacionado con una mayor divulgación de las normas contractuales, despejando las dudas entre los derechos y deberes, evitando la sobrecarga de la Justicia.

Es sobre la base de la solución de los conflictos que debe la sociedad actuar y no considerar al Poder Judicial como el único manto de solución de litigios. La amplitud, la mejora de la gratuidad, la mayor aproximación entre la Justicia y el jurisdicionado, el tiempo que significa la realización del acceso a la justicia no quiere decir, necesariamente, que haya pacificación social.

Una justicia gratuita, democrática, universalizada es un requisito esencial e indispensable en el sistema republicano-constitucional-democrático como el brasileño y el argentino, pero no debe ser solo el único rasgo de aproximación de la ciudadanía con el Derecho y distribución de la justicia social, pues solo se alcanzarán mejoras cuando la consciencia del ciudadano esté correctamente vinculada a la percepción de los elementos de probidad, honestidad, publicidad y seguridad en la prestación de la actividad jurisdiccional.

En este sentido, también es preciso que haya consciencia del ciudadano de modo de evitar abusos, especialmente, en la aplicación del sistema de justicia gratuita, tanto en el Brasil como en la Argentina, para que alcance solo a los que realmente lo necesitan, evitándose las desigualdades sociales y ofensa a la isonomía.

Por otro lado, es necesario pensar en un ambiente de mayor seguridad jurídica, en el Brasil, que puede ocurrir con la reforma de la legislación; en lo que respecta al criterio subjetivo del juez, pasándose a adoptar la objetividad para el cumplimiento de los presupuestos al conceder la asistencia judicial gratuita y, especialmente, al de la justicia gratuita, mientras que, en la Argentina, es interesante que el sistema sea mejor controlado, para evitar abusos, pero al mismo tiempo más simplificado, como en el Brasil, pudiendo el pedido del beneficio ser hecho en la propia acción principal de quien pretende ser beneficiario de la gratuidad.

REFERENCIAS

ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, Ação e Tutela Jurisdicional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

ALVIM, J.E.CARREIRA. *Teoria Geral do Processo*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentário ao CPC*. vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

ARGENTINA. *Código Civil da República Argentina*. 7^a ed. Buenos Aires: Errepar, 2011.

_____. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Legislación Complementaria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

_____. *Constitución de la Nación Argentina*. 21^a ed. (2^a impr.) Buenos Aires: A-Z Editora, 2010.

BLAU, P. M. *La burocracia en la sociedad moderna*. Buenos Aires: Paidós. 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo, in Temas de direito processual (sexta série)*. San Pablo: Saraiva, 1997.

_____. *O novo CPC Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARROSO, Darlan; ROSIO, Roberto. *Processo Civil*. 2^o ed., 2^o tiragem. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2012.

BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 16^a ed. San Pablo: Editora Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12^a ed. San Pablo: Saraiva, 2002.

BORTHWICH, Adolfo E. C. *Principios Procesales*. Prólogo de Jorge W. Peyrano. Corrientes: Mave - Mario A. Vieira Editor, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 23/6/2014.

____ Lei nº 1060/50, de 05 de fevereiro de 1950. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060compilada.htm. Acesso: 24/6/2014.

____ Lei nº 5869, de 11 janeiro de 1973. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso: 24/6/2014.

____ Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso: 23/6/2014.

____ Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso: 24/6/2014.

____ Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm. Acesso: 24/6/2014.

____ Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso: 24/6/2014.

____Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso: 24/6/2014.

____Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm. Acesso: 23/6/2014.

____Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso: 23/6/2014.

____Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320293>> Acesso: 6/8/2016.

BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à Justiça no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. RBDC nº 15. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-067.Daniela_Jacques_Brauner.pdf>. Acesso: 28/6/2014.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 189, pp. 114-122, jul./set., 1992.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. 2ª ed. San Pablo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. San Pablo: Saraiva, 2010.

BULOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1974.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

____*Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1973.

- CAMÂRA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- CAMPS, Carlos Enrique. *El beneficio de litigar sin gastos*. Buenos Aires: LexisNexis. Argentina, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Trad. Febe A. M. C. Marengo. Campinas: Edicamp, 2003.
- CARVALHO, Antônio Ivo de. *Conselhos de saúde no Brasil: participação cidadã e controle social*. Rio de Janeiro: FASE/IBAM, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, 3 v.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. San Pablo: Malheiros, 2003.
- COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- COUTORE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesual Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma 1958.
- DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. En: Evelina Dagnino (org), *Os Anos 90: Política e Sociedade no Brasil*. San Pablo: Editora Brasiliense, 1994.
- DIAZ SOLIMINE, Osmar L. *Beneficio de litigar sin gastos*. 2ª ed. Act. y ampl., Buenos Aires: Astrea, 2003.

DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da Justiça Gratuita*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. San Pablo: Malheiros Editora, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. San Pablo: Malheiros Editora, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. San Pablo: Saraiva, 1977.

DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Análise comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73. San Pablo: Editora Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. San Pablo: Martins Fontes, 2001.

FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.

FERNÁNDEZ VALLE, Mariano. El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social, en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2006.

FIGUEIREDO, Hernán R. Gonçalves. *Manual de Derecho Electoral. Principios y Reglas. Teoría y práctica del régimen electoral y de los partidos políticos*. Buenos Aires: Di Lalla Ediciones, 2013.

FILHO, Bagib Slaibi. Declarações Internacionais e o Direito Fundamental de Acesso aos Tribunais. *Revista de Direito* nº 80. Disponible en:

http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e4e36202-ddb6-4933-9d79-dc6d18e66c1e&groupId=10136> Acesso: 8/7/2016.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. *A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Jorge sarmiente. *Derecho Público*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

GASTALDI, Suzana. Disponible en: <<http://www.juristas.com.br/informação/artigos/trf4-e-stj-criterios-divergentes-na-afericao-da-miserabilidade-propugnada-pela-lei-1-060-1950/1958/>> Acesso: 18/12/2015.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. 2ª ed. Amp. y act. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La Conducta en el Proceso*. Prólogo de Augusto M. Morello. La Plata: Libreria Editora platense, 1988.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A assistência judiciária e acesso à justiça in Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Instituto de estudios políticos. Madrid, 1968, p. 624. En: CAMPS, Carlos Enrique. *El beneficio de litigar sin gastos*. Buenos Aires: Lexis Nexis. Argentina, 2006.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Normas e Ordem*. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. San Pablo: Visão, 1985.

_____. *Law, Legislation and Liberty*, v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo v. *Tratado de los Derechos Reales*. Vol. III. Buenos Aires: Ediar.1945.

LEIBMAN, Enrico Tullio. Concepto de la acción civil. *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*. Montevideo: Universidad de la República, 1940.

LIRA, Daniel Ferreira. *O valor da causa e o valor do pedido na petição inicial: uma ontologia procedimental de diferenças e semelhanças*. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11960&revista_caderno=21>. Acceso: 27/12/2015.

LONIGRO, Félix V. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: CatedraJuridica, 2011.

LONGO, Caricielli Maisa. *Acesso à justiça e custas judiciais: uma dicotomia*. Disponible en: <http://revistas.unoeste.br/revistas_ojs/index.php/ch/articulo/viewFile/542/758>. Acceso: 18/12/2015.

MANCUSO, Hugo R. *Metodologia de la investigacion en ciencias sociales. Lineamientos teóricos y prácticos de la semioepistemología*. Buenos Aires: Paidós, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. San Pablo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*. V. 1, 4ª ed. rev. y act. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme Bitencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade do Paraná*. Disponible en: revistas.ufpr.br/direito/article/download/1770/1467. Acceso: 10/2/2016.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. Texto publicado na seguinte coletânea: LUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. San Pablo: RT, 2006.

- Disponível em:
<<http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOaJUSTICANAPERSPECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>>. Acesso: 16/5/2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. San Pablo: Saraiva, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis*. http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso: 9/7/2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256, de 4/2/2016 altera o Novo CPC. Processo do RE e REsp. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- ORIHUELA, Andrea M. *Constitucion Nacional Comentada*. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2010.
- PALACIO. Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 20ª ed. Actualizada por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palácio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. *La universidad de los derechos humanos y El Estado constitucional*. Série de Teoría Jurídica y Filosofía Del Derecho. n. 23. Bogotá: Universidad Externado de Columbia, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com emenda nº 1*, de 1969. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PORTUGAL, Isobar. *O que são as custas judiciais, e quem é responsável pelo seu pagamento?* Disponível em: <<http://www.direitosedeveres.pt/q/acesso-ao-direito-e-aos-tribunais/conhecer-e-garantir-o-direito/o-que-sao-as-custas-judiciais-e-quem-e-responsavel-pelo-seu-pagamento>>. Acesso: 18/12/2015.

POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Trad. Eduardo Suárez. Fondo de Cultura Económica: México, 2000.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Poder Judiciário: burocracia e controle democrático*. Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24ª ed., 2ª tirada. San Pablo: Editora Saraiva, 1999.

REINALDO FILHO, Demócrito. *Custas no cumprimento de sentença*. Disponible en: <<http://jus.com.br/artigos/22512/custas-no-cumprimento-de-sentenca>>. Acceso: 18/12/2015.

REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*. Trad. Eduardo L. Suárez, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 45.

RODRÍGUEZ, Marcela V. *Reformas judiciales, acceso a la justicia y género*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007.

RÚA, Angelina Ferreyra de de la; VEGA, Cristina González de la. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*. 10ª ed. Córdoba: Editora Advocatus, 2016.

SALVIOLI, Fabián. *El derecho Internacional Público y sus modificaciones a la luz de la protección internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. San Pablo: Konrad Adenauer, 2001.

SAIACH, Luis A. Rodríguez; KNAVS, Verônica. *Beneficio de Litigar Sin Gastos*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2007.

- SAIACH, Luis A. Rodriguez. *Manual del alumno universitario en Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2015.
- _____. *La responsabilidad civil por daños y perjuicios en el nuevo código civil y comercial de la nación*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2015.
- _____. *El beneficio de litigar sin gastos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (organizador). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2002.
- _____. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 1987. Disponible en: http://www.boaventurade-sousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.pdf. Acceso: 19/4/2014.
- _____. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9º ed. San Pablo: Cortez, 2013.
- SARAIVA, Izabela Novaes. *O acesso às pretensões de justiça e os seus complicadores*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-acesso-as-pretensoes-de-justica-e-os-seus-complicadores,48181.html>. Acceso: 18/12/2015.
- SIERRA, Amanda Queiroz. *Unissal e acesso à justiça. Sistemas de solução de controvérsias: contribuições e perspectivas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- SILVA, Ivan de Oliveira. *A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado*. San Pablo: Editora Pillares, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. San Pablo: Editora Malheiros, 2001.

- SILVA, Adriana dos Santos. Direito e desenvolvimento: desenvolvimento e acesso à justiça. In: *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. San Pablo: Singular, 2005.
- SILVA, Alzimar Andrade; BORGES, Cinthia A. Ferreira. *Custas Judiciais*. 2ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2006.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Do valor da causa*. 4ª ed. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais. Sociais no Brasil. *Revista Novos Jurídicos*, Vol. 8, n. 2, pp. 257-301, may/ago. 2003.
- TARTUCE, Fernanda. Dellore, Luiz. Gratuidade da Justiça no Novo CPC. In: Didier Jr, Fredie (Org.) *Coleção NOVO CPC, doutrina selecionada. Parte Geral*. 2ª ed. rev. y act. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.
- TERTO NETO, Ulisses. *A política pública de assistência jurídica: a defensoria pública no Maranhão como reivindicação do campo democrático popular*. Curitiba: Juruá, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 9.099/1995*. 4ª ed. reformulada, act. y amp. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TRIBUNA DO DIREITO: OAB-SP: *Adin busca barrar alta de custas judiciais*. Novembro de 2015. Nº 271, p 10.
- ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZALAZAR, Claudia E. *Benefício de Litigar sin Gastos*. 2ª ed. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, v. 1. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kasuo. Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kasuo (coord.) *Juizado Especial de Pequenas Causas*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 163.

____ Acesso à Justiça e a Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (coords.). *Participação e Processo*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

____ *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. San Pablo: Alfa-Omega, 2001.

____ *Historia do Direito no Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Alfa-Omega, 2014.