

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1137

(Ano XV)

(11/02/2023)

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 1137



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1137, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 400. *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 direito de manifestação do pensamento não se protraí no tempo, mas se esgota com o seu exercício público e notório
Leonis de Oliveira Queiroz, 08.

ARTIGOS

Manual prático de análise de edital de concurso público por Órgão de Controle Externo
Benigno Núñez Novo, 13.

O problema da desaposentação no direito brasileiro
Renildo Argôlo Nery, 41.

Breves comentários sobre a função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro
Julia Castro Hasegaw, 58.

Mens legis. O espírito do legislador
Moacir Leopoldo Haeser, 82.

A evolução da Lei 11.340/2006 e os seus reflexos no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil
Indira Essenia Bezerra Vila Nova, 84.

O princípio da legalidade tributária, a reserva de lei complementar e a não incidência do ICMS em caso de serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica
Eduardo Soares de Melo e Bruno Nogueira Rebouças, 122.

Perspectiva histórica da tutela de direitos como mecanismo que garante a celeridade na prestação jurisdicional
Thais Karine De Lima Xavier Arruda, 146.

O in dubio pro societate no âmbito da improbidade administrativa à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ
Enéas de Oliveira Dantas Junior, 165.

O direito a informação segundo o Código de Defesa do Consumidor.
Daniela Andrade Santos, 182.

Teoria da perda de uma chance: comprovação das chances sérias e reais
Diana Tancetti, 188.

Gig Economy: renovação tecnológica, informalização e desregulação das relações de trabalho.
Drielli Serapiao Afonso, 219.

O dever de complementação do ICMS-ST e as razões intrínsecas do consequencialismo econômico aplicado ao caso pelo Supremo Tribunal Federal

Bruno Nogueira Rebouças e Eduardo Soares de Melo, 229

Piso nacional do magistério público: insuficiência das teses firmadas pelo STF na ADI 4.167 para a solução dos litígios em face dos diversos regimes remuneratórios dos entes federados

Paloma Teixeira Rey e José Carlos Wasconcellos Jr, 274.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica

Daniela Andrade Santos, 301.

A crise existencial no modelo repressivo das penas privativas de liberdade - um estudo à luz das teorias legitimadoras e deslegitimadoras do direito penal

Renildo Argôlo Nery, 305.

Análise da responsabilidade civil do médico em caso de erro

Ana Paula Da Silva Souza, 323.

Desconto de Proveitos: A “compensatio lucri cum damno” no direito brasileiro

Caio Lopes da Silva, 331.

Efeitos da vigilância governamental e manipulação pública sob a ótica da obra literária 1984

Brenda Marinho Botelho, 351.

Agências reguladoras e deslegalização: uma análise à luz do julgamento da ADI 1668 pelo Supremo Tribunal Federal

Pedro Borges Coelho de Miranda Freire, 363.

Administração educacional no contexto da atualidade

Daniela Andrade Santos, 379.

A corresponsabilidade do Poder Judiciário, da área da saúde e da sociedade para a desinstitucionalização dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico

Mariana Carvalho, 384.

O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NÃO SE PROTRAI NO TEMPO, MAS SE ESGOTA COM O SEU EXERCÍCIO PÚBLICO E NOTÓRIO

LEONIS DE OLIVEIRA QUEIROZ:

Ex- Conselheiro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal COPEN/DF, servidor do Superior Tribunal de Justiça (ex-assessor da Presidência), especialista em Direito Público e Mestrando pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Universidade de Brasília - UNB

O direito de manifestação do pensamento não se alonga indefinidamente no tempo, e uma vez exercido pública e notoriamente, está cumprida a garantia constitucional que lhe dá suporte.

No dia 8 de janeiro de 2023 o Brasil e o mundo assistiram com perplexidade a tentativa de golpe de Estado levada a efeito por seguidores extremistas do ex-presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que invadiram a sede dos três Poderes em Brasília/DF, e empreenderam toda sorte de vandalismo contra o patrimônio público, desrespeitando as instituições democráticas e vilipendiando os representantes desses poderes, desferindo maior ódio e fincas de destruição contra o Supremo Tribunal Federal, lugar onde nem a imagem de Cristo escapou ilesa.

Afirmando estarem acobertados pelo sagrado manto do direito constitucional de livre expressão do pensamento, os golpistas, que não aceitam a vitória democrática de Lula nas eleições de outubro de 2022, penetraram às dependências do Congresso Nacional, do Palácio do Alvorada e Supremo Tribunal Federal, defecaram, urinaram, quebraram e arremessaram a mobília pelas janelas, danificaram os instrumentos de trabalho, destruíram obras de arte de valor histórico, assaltaram os prédios, e pincharam paredes e vidraças, externando o comportamento mais primitivo de ira e assolação que nada tem a ver com o direito de manifestação do pensamento.

Com efeito, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um sistema e não isoladamente, de sorte que, havendo conflito entre o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF/88) e à própria ordem democrática que o sustém, deve prevalecer esta última.

Nesse sentido, Pablo Buogo, citando Mario Sbriccoli e Rousseau, giza que:

“Os eventos que iniciaram ainda nas eleições de 2022, levam à reflexão do chamado **paradoxo da liberdade**, expressão difundida pelo falecido historiador do Direito, e professor da *Università di Macerata*, Mario Sbriccoli. A discussão reside na oposição ao bem político que é a segurança dos cidadãos (segurança pública), e o inalienável direito do indivíduo à sua *liberdade* inviolável.

Em suma: todos desejamos *liberdade*, mas ao mesmo tempo, almejamos *ordem*. Imaginemos um cenário onde *todos exercem sua liberdade* da forma que lhes parecer mais apropriado. Onde ficaria a *ordem*? Logo, a *liberdade* do indivíduo encontra limitações pela necessidade de imposição de *ordem* pelo Estado.

Pode o Estado *reduzir ou suspender* as liberdades dos cidadãos para *conservar a si mesmo*, ou seja, para *conservar a ordem*? (SBRICCOLI, 2011).

A resposta tende a ser positiva.

Rousseau, em sua obra *O Contrato Social* escreveu que *o homem nasceu livre e por toda parte está agrilhado*, defendendo, de um lado, a relevância da liberdade, mas ao mesmo tempo, deixando claro que *a ordem social é um direito sagrado* fundado nas convenções sociais (ROUSSEAU, 1999, p. 09). O pacto social de Rousseau aborda a necessidade de abrir mão de algumas liberdades em nome da ordem, para que seja possível a convivência em sociedade”.¹

Uma simples pesquisa *on line* no dicionário, é suficiente para ver-se que o termo “manifestar” significa “tornar(-se) manifesto ou público; declarar(-se), divulgar”.

Tem-se que o direito de manifestação do pensamento não se protraí no tempo *ad aeternum*, mas se esgota com o seu exercício público e notório, especialmente quando ressoa evidente que a invocação de tal direito se presta, na verdade, para acobertar condutas antijurídicas.

No momento em que o indivíduo ou o grupo de indivíduos declara, divulga e torna público o seu ponto de vista acerca de determinado assunto, ali se esgota a manifestação

1 BUOGO, Pablo. O paradoxo da liberdade: garantia de liberdade ou manutenção da ordem pública?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 28, n. 7133, 11 jan. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/101948>. Acesso em: 12 jan. 2023.

do seu pensamento, sendo que "*eventuais abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário, com a cessação das ofensas, direito de resposta e a fixação de consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores*".²

Todos passam a ter conhecimento de suas ideias, convicções e opiniões, entretanto, ninguém é obrigado a acatá-las e a elas se curvar. Caso se faça necessário reforçar tais ideias, poder-se-ia até pensar num prazo razoável para torná-las públicas, o que não se admite, é o alojamento quase que permanente de pessoas na frente de instituições públicas, tentando, a qualquer custo, fazer prevalecer a sua vontade, utilizando-se inclusive da força e da violência. Esse prazo razoável seria, portanto, aquele que pudesse impedir que acampamentos ou invasões de locais públicos se estabelecessem.

É dizer: a manifestação do pensamento não admite continuidade indefinida no tempo, não é o mesmo que insurreição, tomada à força, imposição ou bagunça, notadamente em um Estado Democrático de direito. Não se pode admitir que o direito à livre manifestação do pensamento se converta em direito à livre manifestação antidemocrática. Certo é que a liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais, notadamente a ordem, que antecede o progresso.

Nada justifica a permanência de acampamentos com escaladas antidemocráticas, sob a justificativa de se estar exercendo um direito constitucional, especialmente quando se sabe no que isso pode acabar desaguando. De igual forma é inaceitável que insultos públicos em aviões, aeroportos, órgãos públicos e instituições privadas, xingamentos (como os que ocorreram recentemente contra uma Ministra do STF), e até atos agressivos que evoluem para vias de fato sejam alegados como direito de se manifestar.

Admitir aquartelamentos nos quais se pede intervenção militar, prisão e destituição de membros do STF e violação ao resultado das urnas, ou mesmo, tolerar bloqueio de rodovias, invasão de prédios públicos e uso de redes sociais para não esbarrar no direito à liberdade de pensamento são posturas que devem ser evitadas pelo Poder Público. O Estado não pode ter medo de fazer valer a ordem entre as pessoas. É uma questão de sobrevivência democrática.

Nem toda manifestação pode ser controlada apenas *a posteriori*. As que são publicamente antidemocráticas devem ser imediatamente rechaçadas, porque, tais como a que ocorreu no dia 8 de janeiro de 2022, ou mesmo aquela que foi cognominada como

² Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 44244 AgR, Relator Ministro: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 11-1-2021.

movimento "300 do Brasil", tem como único propósito abalar a democracia. Todos sabem onde esses movimentos acabam. O direito não socorre a condutas criminosas.

Nenhum dispositivo da Constituição Federal pode servir de escudo à comportamentos golpistas que atentam contra o resultado das eleições democráticas, contra as instituições públicas e seus agentes, contra os Poderes da República, e, portanto, contra o seu próprio texto, sobretudo considerando serem vedados comportamentos contraditórios em nosso ordenamento jurídico (*venire contra factum proprium*).

Conforme já assentou a Suprema Corte, "*Todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, não de estar estabelecidas de modo explícito ou implícito, na própria Constituição*".³

E nesse sentido, a CF/88 é expressa ao estatuir que "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*" (art. 1º); "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*" (art. 2º); "*A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*" (art. 5º, XLI); "*A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*" (art. 5º XLIII); "*Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*" (art. 5º, XLIV); "*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*" (art. 14); etc.

Esclareça-se que ao falar em "grupos armados" a Constituição não especifica quais os tipos de arma, se letais ou não letais. Um porrete, uma faca ou um canivete podem perfeitamente ser utilizados para depredar o patrimônio público, e guarnecer grupos que atentam contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Assim, é preciso repensar o direito à manifestação do pensamento, estudando-o com maior profundidade. Ele é livre, conforme dispõe a Constituição Federal, mas uma vez manifestado, ali se aperfeiçoa, não havendo que o prostrar por tempo indeterminado, notadamente quando a ordem, e portanto, o próprio Estado Democrático de Direito, em razão do exercício indiscriminado de tal direito, acaba ficando em perigo, e "*Isto quer dizer que não se pode proibir (censurar) a manifestação da liberdade de pensamento ou de*

3 STF. ADI 869, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 4-6-2004.

expressão; mas, uma vez que se as utilize, ou seja, uma vez que se exerça a liberdade de pensamento ou de expressão, o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável (...).⁴

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta praticada pelos agentes encontra repulsa na própria Constituição (conforme os dispositivos citados acima) ou no ordenamento positivo nacional (arts. 155, § 4º, I e IV, 163, par. único, II, 359-L e 359-M, do Código Penal), que não admitem atos que ofendam, inclusive em sede penal, valores fundamentais que a todos assistem.

O direito de se manifestar não significa “ficar se manifestando” indefinidamente, mas de exteriorizar o descontentamento ou a aprovação, condutas que se esgotam quando há publicidade e notoriedade da exposição, e que não admitem violação à ordem democrática, que, por sua importância, vem antes do progresso.

⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/136, obra conjunta escrita com LUIZ FLÁVIO GOMES, 2008, RT).

MANUAL PRÁTICO DE ANÁLISE DE EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO POR ÓRGÃO DE CONTROLE EXTERNO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha e pelo Instituto Universitário do Rio de Janeiro, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.⁵

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um breve estudo sobre a análise de concurso público, conceito, o que diz a Constituição, princípios constitucionais, as exceções, o concurso público corresponde na verdade a processo administrativo. A inexistência de norma específica acerca da elaboração de concursos públicos. A fase interna e externa. Invalidação, revogação e convalidação. O instituto tem um importante papel na sociedade atual, além de contribuir para uma seleção transparente e isonômica entre os candidatos para admissão nos quadros dos órgãos públicos. Os concursos públicos vêm cada vez mais se atualizando a fim de garantir mais igualdade e se encaixar dentro da realidade brasileira. Dessa forma, pode-se concluir que são uma importante ferramenta para promover a mobilidade social.

Palavras-Chave: Manual; Prático; Análise; Concurso; Público.

Manual práctico de análisis de edital de concurso público por Órgano de Control Externo

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo realizar un breve estudio sobre lo concurso público, concepto, lo que dice la Constitución, principios constitucionales, excepciones, lo concurso público en realidad corresponde a un proceso administrativo. La inexistencia de una norma específica sobre la elaboración de concursos públicos. La fase interna y externa. Nulidad, revocación y validación. El instituto juega un papel importante en la sociedad actual, además de contribuir a una selección transparente e igualitaria entre los candidatos para el ingreso a los organismos públicos. Los concursos públicos se actualizan cada vez más para garantizar más igualdad y ajuste a la realidad brasileña. Por

⁵ E-mail: benignonovo@hotmail.com

lo tanto, se puede concluir que son una herramienta importante para promover la movilidad social.

Palabras Clave: Manual; Práctico; Analisis; Concurso; Público.

Introdução

Os primeiros registros históricos de concursos públicos provêm da China Antiga, por volta de 2.300 a.C, onde há registro de que os oficiais militares, após três anos de serviço, eram submetidos a novos testes físicos e, dependendo do resultado, eram promovidos ou dispensados.

Os **concursos públicos são processos de seleção realizados para preencherem as vagas em cargos públicos. A prova tem caráter de seleção impessoal, baseado única e exclusivamente no resultado obtido nas provas e em outras avaliações previstas em edital.**

Os concursos públicos no Brasil tornaram-se uma opção muito popular, devido à grande estabilidade de carreira proporcionada e aos altos salários, muitas vezes sem exigência de experiência de trabalho prévia. Com o advento da Internet, os concursos passaram a ser ainda mais concorridos, devido à maior divulgação, juntando-se ao fato do grande desemprego entre jovens em começo de carreira. Aqueles que se dedicam em tempo integral ou parcial aos estudos são denominados de concurseiros.

Desenvolvimento

2.1. O que é concurso público?

Concurso público é um processo seletivo que tem por objetivo avaliar candidatos concorrentes a um cargo efetivo de uma entidade governamental de uma nação. Apesar do processo geralmente ser preparado por empresas especializadas, à responsabilidade da avaliação dos serviços cabe às áreas de Recursos Humanos legalmente designadas.

Geralmente os concursos são exigidos para avaliar a competência dos candidatos relativos ao cargo pelo qual estão concorrendo e também para evitar que políticos ocupando cargos eletivos usem de sua influência para fornecer empregos públicos a parentes e conhecidos, desrespeitando assim os princípios da igualdade e da isonomia.

O **concurso** não é, pois, um ato, mas um procedimento, ou seja, um **conjunto de atos administrativos interligados e realizáveis segundo certa cronologia previamente estabelecida, destinados à obtenção de um só resultado final: a seleção, dentre os vários candidatos, daqueles que melhor possam atender ao interesse público.**

2.2. O que diz a Constituição sobre concurso público?

O **art. 37, II, da Constituição Federal** determina que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

2.3. Princípios constitucionais que regem os concursos públicos

O **concurso público** é regido pelos **princípios** da **isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência**, sendo a forma mais democrática de ingresso no serviço público, e, por conseguinte, deve ser livre de qualquer tipo de influência, apadrinhamento e perseguições, pois o certame tem que ser realizado com lisura para possibilitar o ingresso do candidato mais preparado intelectualmente, psicologicamente e fisicamente, caso seja necessário, para o cargo.

2.4. Das Exceções

Comissionado

Também chamado de cargo de confiança, o servidor em função comissionada ocupa uma posição de livre nomeação, ou seja, não precisa ser aprovado em um concurso público. Contudo, a ele não é garantido o direito de estabilidade, logo, pode ser dispensado sem justificativa. Exemplos comuns desse tipo de ocupação são ministros, diretores e secretários que desempenham papel como homens de confiança do Governo.

Estagiário

Estagiários ocupam posições temporárias no serviço público; no caso, são vagas destinadas a universitários. Sua admissão se dá por meio de processo seletivo de acordo com as regras do órgão competente. O estágio no setor público é uma alternativa interessante para os graduandos adquirirem experiência profissional. A modalidade é oferecida por órgãos governamentais, empresas estatais, tribunais e outras entidades do segmento. As oportunidades nesse sentido são bastante variadas. Além da atuação na estrutura administrativa, existem vagas em áreas especializadas, como bancos públicos, assistência social, assessoria jurídica, serviços de saúde e imprensa oficial.

Terceirizado

Outra modalidade de ocupação de função no serviço público é por meio da contratação de empresa prestadora de serviço que, por sua vez, é escolhida mediante licitação pública. Em termos práticos, o colaborador não está diretamente vinculado ao

órgão público, porém, exerce uma função na Administração Pública. Nesta modalidade, a principal forma de ingresso leva em consideração os termos de contratação estabelecidos pela empresa terceirizada.

Bons exemplos de atividades-meio são aquelas do setor de limpeza, segurança, transporte, manutenção predial e de equipamentos, recepção, terceirização de portaria, etc. Essas são funções importantes dentro de qualquer ambiente de trabalho, mas não exercem influência sobre a atividade pela qual a empresa existe, ou seja, o trabalho em si.

Contudo, com a nova lei da terceirização (13.429/2017), a regra mudou. Agora é possível a terceirização de atividade-fim e também de outras pessoas jurídicas no serviço público. Mas há ressalvas nessa contratação.

Não é possível terceirizar no serviço público atividades que envolvam a tomada de decisão, coordenação, supervisão, controle de órgãos, planejamento e outras funções consideradas estratégicas. Ou seja, não é possível terceirizar as funções mais importantes dentro dos órgãos públicos. No entanto, existe a possibilidade de contratação de equipe terceirizada para auxiliar e dar apoio a essas funções, como auxiliares de fiscalização e serviços terceirizados bombeiro civil.

Temporário

São aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público. Assim como estagiários e terceirizados, servidores temporários não têm um vínculo direto com os cargos públicos. Além disso, essa ocupação é por tempo limitado, como o próprio nome sugere. Por regra, é caracterizada pela necessidade de ocupar determinada posição de interesse público por tempo pré-determinado. Conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX, o servidor temporário é admitido por meio de processo seletivo simplificado, tendo em vista que não há tempo hábil para o preenchimento da vaga via concurso público, já que isso demanda um tempo maior para a realização das diferentes etapas do processo seletivo previsto pela Carta Magna.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

Agente público

Um agente público é aquele indivíduo que exerce função em entidades públicas, porém, podem ocupar cargos efetivos ou comissionados. Nesse sentido, ele também pode ser definido principalmente por livre nomeação ou designação, dispensando-se, portanto, a realização de concurso público para provimento da vaga.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do Estado, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado.

O **agente político** é aquele investido em cargo público por meio de eleição, nomeação ou designação. Quem são exemplos disso? Os chefes do Poder Executivo em geral, os membros do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os ministros de Estado e os secretários das unidades da federação. É importante dizer que eles não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar que é próprio dos servidores públicos estatutário, pois eles têm regime próprio de responsabilização.

Os **agentes delegados**, que são particulares que têm a responsabilidade de exercer uma atividade específica. É o caso de empresas contratadas para fazerem, por exemplo, uma obra. Já os **agentes honoríficos** são profissionais não contratados pela administração pública, mas exercem, temporariamente, uma função para o Estado. É o caso dos mesários, de membros do tribunal do júri, entre outros. A outra espécie de agente público é a do **agente credenciado**. Eles são pessoas que representam o Estado em alguma circunstância. Aqueles que representam o Brasil em algum evento internacional.

2.5. Do Procedimento Administrativo ou Processo Administrativo

A palavra processo tem origem etimológica no latim *procedere*, que significa seguir adiante. Em razão disso, por muito tempo houve confusão com o procedimento, que se define como “simples sucessão de atos processuais”. Foi necessário que Oskar Von Bülow, em sua obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, apresentasse os devidos esclarecimentos acerca do assunto, separando em definitivo o conceito de processo do conceito de procedimento.

Nesse sentido, o processo deve ser entendido como um conjunto de atos procedimentais envolvidos por uma relação jurídica travada entre as partes e o Estado, encadeados entre si em razão do exercício de poderes ou faculdades, com vistas à consecução de um objetivo final.

O procedimento, por sua vez, é caracterizado como o modo pelo qual se exterioriza a instauração, desenvolvimento e crise do processo; corresponde, portanto, à sua “manifestação extrínseca”. Noutras palavras, procedimento, faceta formal do processo, “é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”. A distinção apontada, embora sedimentada com base nas noções de processo judicial, faz-se de todo apropriada também para o processo administrativo.

De fato, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ocupou-se do assunto para dizer que não se deve confundir processo com procedimento. O processo existe sempre como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa. Assim, a atuação da Administração Pública fica documentada por meio do processo. O procedimento, por sua banda, é identificado como o conjunto de formalidades observáveis para a prática de determinados atos administrativos, guardando assim equivalência com o rito de desenvolvimento adotado pelo processo.

Nesta ordem de ideias é possível compreender que enquanto o processo corresponde a um conjunto de procedimentos, o procedimento representa um conjunto de atos administrativos organizados entre si.

De fato, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, um procedimento administrativo “é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei”. O autor ainda informa que o procedimento administrativo constitui atividade contínua e não instantânea, ou seja, representa uma organização que se estende ao longo do tempo por meio de vários atos administrativos iniciais, intermediários e finais.

Apesar de discorrer sobre o processo administrativo disciplinar como bem distinto do procedimento administrativo para recrutamento de agentes públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello não estabelece diferenças entre os conceitos de procedimento ou processo administrativo, tratando a ambos como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. O autor, no entanto, parece voltar à conceituação mais ao procedimento que ao processo, uma vez que cita textualmente como exemplo de procedimento administrativo o concurso para provimento de cargo público, ao lado das licitações.

O concurso público corresponde na verdade a processo administrativo, e, não, a simples procedimento administrativo. O concurso público é compreendido por uma série de procedimentos, ordenados de forma lógica, tendendo a uma solução final. Os procedimentos que integram o processo alusivo ao concurso, por sua vez, compõem-se de atos interligados entre si, a serem praticados em consonância com as prescrições legais, com o objetivo final de selecionar pessoas aptas à investidura nos cargos ou empregos públicos colocados em disputa.

A conclusão ora posta não destoa daquela explicitada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem **concurso público constitui um processo seletivo público informador do modo de verificar o merecimento dos interessados em investir-se em um determinado cargo, realçando os princípios democrático e republicano e os outros que deles nascem ou para eles convergem.** (grifos nossos)

Oportuno também trazer à colação o conteúdo do art. 50, inciso III, da Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal. O dispositivo em apreço preceitua que os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública devem ser sempre motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Noutras palavras, o legislador federal claramente referiu-se ao concurso público como sendo processo, não mero procedimento.

Embora não haja uma legislação que especifique e arrole os atos administrativos a serem praticados durante a seleção de futuros servidores, bem como a ordem em que deve ser praticada, a experiência administrativa permitiu que doutrina e jurisprudência traçassem uma sequência a ser observada durante o concurso público. **Trata-se então o concurso público de processo administrativo com procedimentos a serem realizados segundo diversos regramentos.**

2.6. Rito procedimental dos concursos públicos

Apesar de **inexistir norma específica acerca da elaboração de concursos públicos**, a autoridade administrativa que pretender realizar a admissão de pessoal deverá, antes mesmo de publicar o edital, atentar para uma série de particularidades. Assim acontece por força da incidência indireta de normas sobre a admissão e o controle das despesas com pessoal.

Por tal razão, o procedimento relativo aos concursos públicos é inicialmente dividido em fases interna e externa, estando esta última subdividida conforme as etapas a serem vencidas.

2.6.1. Fase interna

A fase interna corresponde ao motivo pelo qual a Administração Pública vai realizar o concurso público, ou seja, nesse momento, a Administração Pública deve demonstrar a necessidade de preenchimento de vagas por meio do concurso público.

Nessa fase, a Administração Pública define os cargos ou empregos públicos que serão colocados em disputa, bem como a quantidade de vagas disponíveis.

2.6.1.1. O art. 73, V, da Lei nº 9504/97 e seus reflexos sobre os concursos públicos

CONDUTA: “nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito” (art. 73, inc. V da Lei nº. 9.504/97).

EXCEÇÕES: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

PERÍODO/ DURAÇÃO: 3 (três) meses que antecedem o pleito.

EXEMPLOS: 1. Utilizar o quadro de pessoal para promover “apadrinhamento” ou perseguição de agentes públicos, ou seja, usar a máquina de pessoal conforme os interesses de partidos ou candidatos. 2. Fazer a nomeação de aprovados em concurso público que não tenha sido homologado.

OBSERVAÇÃO: 1. a realização de concurso público não é proibida; 2. caracteriza-se a conduta vedada por este inciso se, mesmo quando praticada em circunscrição diversa, ficar demonstrada a conexão com o processo eleitoral. (Ac.- TSE, de 6.3.2018, no RO nº 222952); 3. “serviço público essencial” é interpretado de maneira restritiva, abarcando apenas aqueles relacionados à sobrevivência, saúde ou segurança da população, excluindo-se os relacionados às áreas de educação e assistência social (Ac.-TSE, de 13.8.2019, no REspe nº 38704).

2.6.1.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os concursos públicos

No que se refere à **Lei de Responsabilidade Fiscal** (LC 101/00) o dispositivo legal a que nós devemos ater é o art. 21:

“Art. 21 - É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I- as exigências dos art. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II- o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único - Também **é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato** do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20." (grifamos).

De maneira diversa da Lei 9.504/97, a LRF não traz explicitamente exceções à regra do parágrafo único do art. 21. A norma é *genérica*, devendo, pois, ser interpretada de modo *sistemático e teleológico*, compreendendo, obviamente, a Constituição Federal e a legislação eleitoral, já que menciona mandato. É, porém, mais ampla, abrangendo os três Poderes, o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

De antemão, já podemos afirmar que *todas as exceções do inciso V, do art. 73, da Lei 9.504/97, cumpridas as exigências do inciso I, do artigo em comento, também são válidas para dito parágrafo único* – isto porque bastaria tal norma genérica para inviabilizar, sem razão justificável, as exceções previstas na Lei Eleitoral. Ambas as legislações dispõem sobre vedações no segundo semestre de ano eleitoral (*três meses que antecedem o pleito e até a posse dos eleitos* é aproximadamente o mesmo que *cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato*).

Logo, *no segundo semestre de ano eleitoral*, atendido o inciso I, do art. 21, da LRF, **é permitida a nomeação: dos aprovados em concursos públicos homologados até três meses antes do pleito; para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; de cargos em comissão e designação de funções de confiança; e contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.**

Não faz sentido o Estado *necessitar de pessoal* para prestação de serviço público (*caput*, do art. 175, CF/88), com *previsão orçamentária* para tanto, e ser vedada, pura e simplesmente, a nomeação, tendo em vista a disposição do parágrafo único do art. 21 da LRF. A interpretação literal do preceito provocaria situações caóticas. Não é ocioso lembrar aqui do *princípio da continuidade do serviço público*.

Vamos imaginar um caso em que o prazo de validade de um concurso público homologado, já prorrogado uma vez, se esgotará no segundo semestre de ano eleitoral, e que, nesse momento, surja à oportunidade e necessidade da nomeação: seria ilícita a nomeação dos aprovados, mesmo havendo dotação orçamentária suficiente?

De modo algum. Não há impedimento legal (Lei Eleitoral e LRF). Pelo contrário, na correta interpretação sobressai *os princípios da indisponibilidade do interesse público, da eficiência e da continuidade do serviço público*.

A razão lógica da norma é *evitar o endividamento no final do mandato* (princípio da moralidade administrativa), porquanto diz o art. 1º da LRF que esta estabelece *normas de finanças públicas com intuito de responsabilidade na gestão fiscal*. Se há interesse público e orçamento suficiente, é o que basta.

Posto isto, vejamos a rara doutrina e exemplos concretos.

Esclarece a auditora Rosane Heineck Schimtt sobre o parágrafo único do art.21 da LRF, no brilhante Parecer 51/2001 do TCE/RS:

"A esta conclusão se chega quando se constata que o objetivo daquele dispositivo da LRF é impedir o endividamento em final de mandato, legando dívidas ao sucessor e subjugando-o a atos de império do gestor público anterior, praticados em seu exclusivo interesse pessoal, sendo objetivo daquela norma impor 'maior seriedade no exercício do poder de gasto', como bem assinala Carlos Pinto Coelho da Mota". (grifamos).

2.6.1.3. Constituição de Comissão Organizadora

Esta Comissão é responsável por acompanhar e fiscalizar a execução do certame. Após a aprovação pela Comissão, o edital é publicado no site da organizadora e no Diário Oficial (da União, do estado ou do município) e dá-se início à execução do certame.

2.6.1.4. Contratação de terceiros

Os entes públicos necessitam de tempo e tempo, de contratarem empresas para a realização de concurso público, visando à seleção de seus servidores. É muito comum o entendimento, dos entes, de que a contratação de qualquer empresa pode se dar nos moldes do previsto no artigo 24, inciso XIII, da Lei de Licitações.

Aliás, confirma em parte a tese, o disposto no **Acórdão nº 3094/2014, do Tribunal de Contas da União**, abaixo:

"1. Converte-se em súmula o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que: "É lícita à contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexó efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado."

Ocorre que o erro está no detalhe, como disse alguém aí na história. Observemos as exigências do referido artigo:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)”.

Requisitos para atendimento do artigo 24, XIII:

1) A contratada deverá ser uma instituição brasileira cujo regimento ou estatuto preveja como atividade principal a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional;

2) A instituição também deve comprovar, por meio de documentos hábeis e válidos, que detém inquestionável reputação ético-profissional - o que pode ser feito por meio de declarações de entidades de classe ou associações reconhecidas, não creio que baste apenas o atestado de capacidade técnica, até porque a lei usa a palavra INQUESTIONÁVEL, também devem ser juntados documentos de que nada consta contra a empresa nos órgãos judiciais ou tribunais de contas;

3) Deve tratar-se de instituição sem fins lucrativos. Esse talvez seja o detalhe mais importante. A comprovação também precisa ser objetiva e clara. E a entidade deve realmente praticar isso. Cuidado para aquelas que não têm fins lucrativos, mas os "sócios" são regiamente muito bem remunerados.

Contratação de universidades

É comum e já ocorreu em alguns casos, de se apresentarem para o ente público, um representante de uma "universidade" que detém, em tese, uma fundação ou instituto, que realiza concurso público. Cuidado. Há sim institutos vinculados a universidades, como é o caso, por exemplo, da UERJ. Esta universidade pública dispõe de uma unidade, que integra sua estrutura administrativa. Portanto, diferentemente de outras, é uma unidade da instituição, não é uma pessoa jurídica "parceira" ou coligada a esta. A CEPUERJ, quando assina um contrato, é representada pelo reitor da universidade.

Esta sim está isenta de contratação via licitação, sendo lícito seu enquadramento no artigo 24, XIII da Lei de Licitações.

Por outro lado, há instituições que são parceiras de universidades, coligadas ou constituídas por professores ou ex-professores dessas, não se enquadrando, em geral, nas hipóteses onde é permitida a não realização da licitação. Essas são empresas privadas, que visam o lucro.

Pagamento por meio de inscrições

Muitas empresas alegam que é desnecessária a realização de certame licitatório, sob a alegação de que o ente público nada pagará pelos serviços. Ocorre que isso não é real. A alegação não se sustenta, vez que ocorrem aqui alguns erros graves:

1) Primeiro que há pagamento. A remuneração advém das inscrições. A empresa não receberia tais recursos se não tivesse efetivado o contrato para o concurso. E tais recursos são pagos à administração, pertencem a seus cofres, integram o seu orçamento.

2) Segundo. Todo contrato público deve ter valor fixo. Não há contrato com valor variável ou presumido ou estimado. Como não se sabe o número de inscrições que ocorrerão, não há como ser valor fixo.

3) Terceiro, suponhamos que se estime um valor, prevendo-se um número determinado de inscrições, por exemplo, 3 mil inscritos. Aqui se desdobra em duas situações, muitos desses contratos determinam que se não atingido o número mínimo de 3 mil, o ente público deverá ressarcir a empresa até que se atinja o valor respectivo de tais inscrições. Exemplo, caso somente 2.800 se interessem no concurso, o ente terá que pagar o valor correspondente a 200 inscrições.

E quando o valor ultrapassa este número de inscrições estimadas? A empresa não pode enriquecer-se à custa dos cofres públicos, por meio das inscrições excedentes.

Entendemos que, no caso de excederem o limite pré-fixado, tais valores pertencem aos cofres públicos, deverão ser creditados em sua conta. Deve, portanto, constar do contrato, de forma objetiva e clara, que no caso de o número de inscrições ultrapassarem esse limite, os valores deverão ser entregues ao ente público.

Projeto básico

al como outra contratação, imprescindível, independente da dispensa de licitação ou não, que o contrato detenha antecedendo a contratação, um anexo onde conste o projeto básico a ser executado, onde deverão conter os requisitos das bancas examinadoras, o número de fiscais, a realização das provas, a garantia de sigilo e segurança, as datas e prazos de provas, recursos, isenção de pagamento de taxas e tudo que envolver o certame. Nos moldes do que consta do Acórdão nº 1111/2010, do TCU.

Sobre a banca examinadora, é bom constar que elas devem ser compostas por professores qualificados (especificando-se a formação pretendida), por exemplo, mestrado na área que elaborará as questões ou doutorado, variando tais requisitos de concurso para concurso. Um concurso para vagas mais simples, até pode-se admitir que as provas fossem elaboradas por professores detentores do título de pós-graduação, mas para vagas cujas exigências são mais complexas, há de se exigir professores detentores de título de mestrado ou doutorado.

Do mesmo modo, deve constar sobre a exigência/necessidade de se realizar prova prática e o peso dessas na apuração final do resultado.

Orçamento prévio e economicidade

Como dito acima, é imprescindível a existência de orçamento prévio detalhando cada despesa, cada custo, todos detalhados e prova de sua compatibilidade com o mercado de concursos. Isso deve estar provado no processo. Ou seja, devem conter provas do atendimento da economicidade, tal qual qualquer contrato público.

Portanto, o preço deve ser devidamente justificado e ser pertinente com o mercado de concursos, inclusive em relação às inscrições e seus valores.

Razão da escolha

No processo, caso opte a administração por não licitar, deve a mesma justificar as razões da escolha da organização contratada, inclusive listando sua experiência e qualificações. Nesse item, o ente contratante deve levar em consideração a existência de nexos entre o objeto a ser contratado e a experiência da empresa, bem como, o que consta em seu objetivo social.

2.6.2. Fase externa

O edital inicia a fase externa do concurso público. O edital é um ato administrativo normativo vinculante, uma vez que fixa regras de observância obrigatória tanto para a Administração Pública quanto para os candidatos.

2.6.2.1. O edital e suas peculiaridades

Em termos práticos, o edital de concurso público nada mais é do que um documento legal cujas informações determinam as regras sobre a seleção das vagas disponibilizadas. Sendo assim, são por meio dele que os candidatos se inteiram sobre as datas, etapas do processo, vagas disponíveis, bem como outros detalhes inerentes ao certame.

2.6.2.2 Regras gerais do edital de concurso

Também chamado de instrumento convocatório, o **edital de concurso público é um ato normativo das regras que regem as provas do certame.**

Neste sentido, o documento estabelece os critérios necessários para seleção dos candidatos e regulamenta os procedimentos que devem ser seguidos, observando a legislação brasileira, em especial os princípios da Constituição Federal, e, no caso de um concurso público federal, o estatuto do servidor público.

Tão logo o documento seja publicado, todas as partes interessadas no processo seletivo passam a ter **acesso às informações e requisitos necessários para investidura no cargo público**, podendo, portanto, candidatar-se a uma vaga na Administração Pública direta e indireta, incluindo suas fundações e autarquias.

Vale lembrar que as normas que regem esse processo estão vinculadas ao cumprimento obrigatório tanto dos órgãos públicos quanto dos candidatos. Sendo assim, o edital também é conhecido por “Lei do Concurso”, pois estabelecem de forma objetiva e clara todos os aspectos legais do certame, garantindo a compreensão de todas as particularidades do cargo público ofertado.

Principais informações de um edital

Como já destacado, o edital faz parte de um ato administrativo de caráter normativo. Sendo assim, deve ser o documento elaborado a partir da observância às normas constitucionais e legais, submetendo-se, hierarquicamente, e sendo objeto do certame aos princípios aplicados tanto à Administração Pública quanto às leis que regem o provimento dos cargos públicos.

- a) identificação da banca realizadora do certame e do responsável pela promoção do concurso;
- b) **o prazo razoável entre o início e o fim das inscrições (pelo menos 30 dias), além da verificação da possibilidade de inscrição em página eletrônica da internet (Manual de Atos de pessoal TCE/TO);**
- c) **o prazo de antecedência mínima entre a publicação do edital e a realização da prova poderá ser de 60 (sessenta) dias (Portaria da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia Nº 6.637, de 25 de julho de 2022);**
- d) Ao analisar os editais de concurso público, deve ser observado se consta a previsão de isenção de taxa para pessoas que não tenham condições de arcar com despesas de

sua inscrição. A ausência da referida previsão ou vedação viola os princípios do amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, I, da CF e da isonomia material e art. 5º caput, da Constituição Federal/88) (Manual de Atos de pessoal TCE/TO);

- e) quantidade de cargos objetos do edital é obrigatório constar no edital a cláusula de reserva de vaga a portador de deficiência, que se impõe por força do artigo 37, inciso VIII, da CF/88;
- f) denominação das vagas e remuneração inicial, discriminando as parcelas que compõe os vencimentos;
- g) leis que regem sobre o cargo e a carreira;
- h) descrição dos cargos públicos bem como suas tarefas e atribuições;
- i) escolaridade exigida para posse no cargo público;
- j) local e hora da inscrição no concurso e da provável realização das provas;
- k) valor da taxa de inscrição e casos onde se pode obter a isenção, incluindo orientações gerais para entrega do requerimento de isenção da taxa, quando aplicável;
- l) conteúdo programático, isto é, detalhes sobre as disciplinas que serão cobradas em prova teórica e prática;
- m) etapas do concurso e suas respectivas fases, indicando os critérios de classificação e eliminação (incluindo reprovação automática);
- n) exigência, se necessário, de exames médicos e/ou psicotécnicos e antecedentes através de sindicância da vida pregressa;
- o) prazo de validade do concurso e a prorrogação, quando cabível;
- p) escolaridade mínima exigida no ato de posse do cargo — vale lembrar ser vedada a exigência de comprovação na inscrição e demais etapas.

A estrutura básica de um edital de concurso público:

Cabeçalho

a primeira parte do edital, geralmente na seção introdutória do conteúdo do certame, localizam-se informações gerais sobre o processo, normalmente atreladas ao órgão que disponibiliza as vagas públicas, banca organizadora, número da portaria de

autorização da seleção, publicação e número do edital. Além disso, dependendo do edital e empresa organizadora, pode haver também detalhes sobre os cargos e vagas disponíveis.

Tópicos

Uma das principais características do edital é sua divisão por tópicos que abordam temas segundo as respectivas categorias. Dessa forma, pode-se entender de forma clara sobre cada uma das etapas e informações relativas à seleção, como inscrição, vagas e provas.

Além disso, cada um destes temas pode ser dividido em subtópicos, o que traz uma linha sequencial de detalhes essenciais aos candidatos. Dessa forma, a compreensão de todo o certame torna-se também mais simples, afinal, é possível utilizar os atalhos no campo de pesquisa para concentrar direto nos tópicos mais importantes.

Anexos

Outra característica bastante comum nos editais de concurso público são os anexos. Além de facilitar a organização do documento, os candidatos podem tirar suas dúvidas sobre pontos de extrema importância.

Em geral, esses anexos também contêm informações acerca dos requisitos necessários para ingressar na carreira pública pretendida, como formulários de preenchimento obrigatório, pedidos de isenção de taxas, condições diferenciadas para pessoas com deficiência, etc.

Uma parte importante para a aprovação no processo seletivo e que usualmente é disponibilizada no anexo do edital é a lista dos temas de estudo que serão cobrados nas provas, sejam elas classificatórias ou eliminatórias.

Informações para atentar-se no edital do concurso público

Não é nada fácil se preparar para uma prova de concurso público, sobretudo por conta das questões amplas e da concorrência. Em geral, além da preocupação com os conteúdos que serão cobrados nas provas, é preciso também atentar-se a detalhes essenciais que trazem os certames.

Muitos candidatos descartam a análise criteriosa do edital, partindo direto para informações como o número de vagas, salários, a inscrição e conteúdo programático. Mas outras informações merecem atenção.

Disposições preliminares

Nas disposições preliminares, que geralmente estão na primeira parte de destaque no edital, o candidato pode **verificar os detalhes sobre a banca examinadora**, isto é, a empresa responsável pela aplicação do concurso público. Por meio dela, pode-se conhecer mais da dificuldade do certame, afinal, eles seguem um padrão de provas não tão diferentes entre si.

Outro detalhe que deve chamar atenção durante a leitura são os quadros de vagas. Nele, estão definidos o nível de escolaridade, a carga horária e a remuneração do servidor, segundo a função ocupada.

Além disso, será possível verificar as cotas para candidatos com deficiência e pessoas negras. Por fim, observam-se também os critérios de classificação e eliminação da prova objetiva ou discursiva.

Cargos e benefícios

Embora nem sempre ocorra nesta ordem, à sequência do início da maioria dos editais traz informações sobre os cargos que são objeto do certame. Sendo assim, é possível acompanhar também detalhes das áreas de atuação, requisitos mínimos, jornada de trabalho e a remuneração de cada função.

Conforme o tipo de concurso pode haver inúmeras vagas em aberto. Em resumo, enquanto há vagas para setores administrativos, outras estão atreladas ao setor de tecnologia da informação ou departamento financeiro, bem como demais especialidades. Logo, é preciso estar atento às particularidades de cada um.

No tópico de cargos e benefícios também será possível **visualizar as vantagens oferecidas pelo órgão, como vale-alimentação e transporte, assistência médica, dentre outros benefícios**.

E esse tópico também pode demonstrar, por exemplo, se o candidato reúne as condições mínimas necessárias para participar do concurso, concorrendo a uma vaga na Administração Pública. Dentre os requisitos gerais, destaca-se a idade mínima e máxima, obrigações eleitorais, no caso de homens, documentos comprobatórios, etc.

Inscrição

Os detalhes relacionados à inscrição também são muito importantes, já que data, prazo, valor e até mesmo a possibilidade de concorrer a mais de um cargo são informações que podem ser encontradas neste tópico do edital de concurso público.

É vital observar todos esses detalhes, já que **após o período de inscrição, o candidato é automaticamente desclassificado caso não tenha realizado a sua inscrição e efetuado o pagamento da taxa.**

Sobre esse aspecto, reserva-se o direito a algumas pessoas de solicitarem a isenção do pagamento da taxa de inscrição. Ou seja, é preciso avaliar os critérios exigidos, bem como conferir os **prazos e procedimentos necessários para requerer a isenção.**

É importante também lembrar que nem todos os concursos apresentam as mesmas regras para isentar os candidatos de baixa renda.

Fases do concurso

A **preparação adequada** para o concurso é um passo primordial para garantir o sucesso nesse tipo de investimento. Sendo assim, é igualmente relevante atentar-se para as fases específicas de cada certame.

Geralmente, o edital pode prever as seguintes etapas:

- **Prova objetiva:** contém questões específicas, de conhecimentos básicos e complementares e apresenta alternativas de escolha para os candidatos;
- **Prova discursiva:** em geral, as provas discursivas normalmente têm o formato de redação, no qual se pretende avaliar os conhecimentos gerais e/ou questões dissertativas;
- **Prova prática:** geralmente aplicada em concursos para agentes públicos do setor de segurança como polícias civis, militares, federais e corpo de bombeiros. No entanto, segundo a especificidade de cada função, podem ser aplicadas em outras categorias;
- **Prova de títulos:** normalmente cobrada em concursos de nível superior, essa etapa tem por objetivo melhorar a classificação no concurso por meio da atribuição de pontos conforme o grau de instrução do candidato.

Critérios de avaliação

Os critérios de avaliação, assim como os demais pontos, são muito importantes para ampliar a chance de o candidato ser aprovado. Isso porque, além de entender como funciona a seleção, é possível também criar um **plano de estudos específico de acordo com os critérios de pontuação.**

Nesse sentido, é importante saber a forma de avaliação das diversas fases do concurso, pontos por questão, fórmula de cálculo das pontuações, critérios de avaliação

da prova discursiva, pontuação mínima para ser classificado para as próximas fases ou aprovado no concurso, entre outros.

Instruções da aplicação das provas

A instrução relativa à aplicação de provas também é um tópico de fundamental importância. Nela o candidato pode verificar os detalhes sobre o **local de prova, data e horário do exame**, bem como meios de verificar essa informação, se via e-mail ou banca examinadora, por exemplo.

Ainda neste tópico, é importante estar atento também às **regras de abertura e fechamento dos portões** todos esses detalhes estão disponíveis no edital.

Por se tratar de um regimento, não existe flexibilização da regra em caso de atrasos. Portanto, o horário de início e término é aplicável tanto aos candidatos quanto à banca examinadora. Em caso de descumprimento mútuo, a prejudicada poderá tomar providências cabíveis.

Embora sejam detalhes de menor relevância, não é incomum que candidatos esqueçam canetas ou levem alimentos fora das diretrizes do edital.

Vale lembrar que a cor da caneta, bem como as embalagens dos alimentos podem interferir na realização da prova. Por isso, é imprescindível verificar estas informações previamente.

Os demais aspectos relativos à instrução de aplicação das provas costumam contemplar:

- a proibição de equipamentos eletrônicos como calculadoras, relógios ou celulares;
- exigência de documento de identificação (RG, CNH, etc.);
- instrução e preenchimento do cartão resposta;
- prazo mínimo para deixar o local de provas.

Nota final e recursos

A nota final, classificação dos candidatos e a possibilidade de recursos também são aspectos de extrema relevância trazidos pelo edital de concurso público.

Nele, o candidato poderá verificar, por exemplo, quais são os **critérios de desempate, caso seja necessário**. Sendo assim, se observar eventuais **erros no gabarito da prova**, também é possível entrar com um **pedido de revisão da prova**.

Para tanto, o procedimento exige alguns cuidados específicos, como seguir o regulamento a rigor. Dessa forma, ao contrário do que fazem muitos candidatos, vale saber de antemão os direitos para acioná-los caso eles não sejam respeitados. Evita-se, assim, perder a oportunidade de ingressar na carreira pública por desistir ou desconhecer a solicitação de um recurso.

O que fazer se há informação errada ou incompleta no edital?

Não raro em alguns trechos do edital do concurso são replicadas as leis que discorrem sobre determinado tema, incluindo também as regras específicas do próprio certame.

Verificar se há regras ou requisitos que contrariam as leis ou a Constituição Federal pode ensejar o recurso administrativo. É possível que em meio a tantos detalhes, existem informações incompletas, ambíguas ou incongruentes. Por isso, o candidato deve estar atento para não abdicar de seu direito.

Por fim, sendo negado o pedido de recurso, o candidato pode entrar com uma ação judicial, demonstrando assim, perante o Poder Judiciário, que existem falhas que impedem ou comprometem o prosseguimento correto devido do concurso público em razão de inconsistências destacadas no edital.

Alterações no edital de concurso após publicação

Usualmente alterações após a publicação do edital possuem cunho informativo e são aplicadas de modo a dirimir dúvidas em relação a pontos específicos do certame original, ou até mesmo para retificar erros cometidos pela banca examinadora na elaboração do documento. Nesse sentido, são comuns as alterações relativas à descrição do cargo, requisitos necessários para solenidade de posse, etc.

Contudo, nada disso impede que mudanças mais significativas ocorram antes da prova. No entanto, elas devem ser informadas e efetuadas no prazo legal da publicação nos órgãos oficiais dos Estados, municípios ou da União, sob risco de anulação do próprio concurso.

Por isso, mesmo após ter lido todo o edital, o candidato deve acompanhar os canais oficiais para não perder nenhuma atualização ou modificação posterior.

STF e as vagas do edital: jurisprudência

Uma das questões mais relevantes definidas por meio de jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal) diz respeito à nomeação dentro do quadro de vagas previstas no edital de concurso público.

De acordo com o entendimento do STF, a apresentação de vagas adicionais ou a abertura de um novo concurso cujo objeto seja as mesmas vagas anteriormente ofertadas, **durante o prazo de validade do edital anterior**, não concede, automaticamente, o direito de nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital.

Dessa forma, conforme tese definida no **RE 837.311**, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público se configura nas seguintes hipóteses:

- I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer à preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2.6.2.2. Realização e correção das provas

Em geral, existem duas ou mais fases de provas, como prova escrita discursiva, redação, prova prática, prova de títulos, prova de aptidão física e curso de formação.

Nas provas com questões objetivas, será possível conferir o gabarito preliminar no mesmo dia ou alguns dias após a prova.

Após todas as etapas, haverá o resultado em que os candidatos saberão as suas notas, classificação e aprovação, ou não.

2.6.2.3. Resultados provisórios e recursos

Nesse momento será possível entrar com recurso contra o resultado.

Caso haja algum pedido de recurso, a comissão organizadora deverá analisá-lo e dar uma resposta ao requerente.

Se houver alguma alteração, outra lista será publicada; senão, a lista permanece a mesma.

2.6.2.4. Resultado final, homologação e efeitos

Após julgar os recursos, a banca examinadora divulgará o resultado final do concurso, com a lista dos aprovados e a sua classificação.

Assim, será feita a homologação do concurso, deixando você ainda mais perto de assumir o cargo tão desejado.

Entretanto, a homologação não garante que você será chamado de imediato, pois é a partir dessa data que começa a validade do concurso, sendo 2 anos e podendo ser prorrogado por igual período.

Nesse prazo, os aprovados podem ser convocados e, finalmente, nomeados para serem efetivados como servidores públicos.

2.6.2.5. Aplicação da Lei nº 9.784/99 aos concursos públicos

Uma das leis mais importantes para os candidatos e interessados em prestar concursos públicos é a Lei 9784/99. Criada em 1999, se trata de uma importante lei que versa sobre as normas básicas do processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

A Lei do Processo Administrativo Federal é de extrema importância para os concursos em geral, mas em especial da área administrativa. Essa Lei tem caráter federal, e não nacional, quer dizer, é aplicada dentro da Administração Pública Federal, inclusive no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Por essa razão, as normas trazidas pela citada lei possuem caráter genérico e subsidiário.

2.6.3. Invalidação, revogação e convalidação dos concursos públicos

Um ato é nulo quando afronta a lei, quando foi produzido com alguma ilegalidade. Pode ser declarada pela própria Administração Pública, no exercício de sua autotutela, ou pelo Judiciário.

Revogação é a forma de desfazer um ato válido, legítimo, mas que não é mais conveniente, útil ou oportuno. Como é um ato perfeito, que não mais interessa à Administração Pública, só por ela pode ser revogado, não cabendo ao Judiciário fazê-lo, exceto no exercício de sua atividade secundária administrativa, ou seja, só pode revogar seus próprios atos administrativos.

Convalidar é tornar válido, é efetuar correções no ato administrativo, de forma que ele fique perfeito, atendendo a todas as exigências legais. A doutrina tradicional não

admitia essa possibilidade, aduzindo que, ou o ato era produzido com os rigores da lei, e, portanto, válido, ou era inválido.

2.6.3.1. Controle administrativo do concurso público

Como se sabe, a atividade administrativa está submetida a distintos mecanismos de fiscalização, o que faz com que haja a possibilidade (e a obrigatoriedade) de intervenção de distintos órgãos que, por sua vez, atuarão quando, como e na medida prevista no ordenamento jurídico.

O candidato poderá escolher se ingressará com recurso administrativo ou não, antes de utilizar a via judicial. No âmbito do processo administrativo de concurso público, a Administração Pública deve fiscalizar seus próprios atos, verificando se as normas jurídicas que orientam suas condutas foram ou não cumpridas. Tal circunstância provém da exigência de submissão da atividade administrativa ao ordenamento jurídico (princípios da legalidade e da autotutela), o que impõe o dever de revisão dos atos administrativos que não tenham sido executados segundo os padrões legais.

O controle se inicia a partir da provocação do interessado, tanto ocorrem impugnações às normas do edital, a decisões do órgão selecionador, como também há o exercício do direito de recurso. O exercício do controle administrativo a partir da provocação do interessado tanto poderia ocorrer a partir da iniciativa do cidadão (o que não é tão frequente no direito brasileiro), como do próprio candidato.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao recurso administrativo é uma consequência da norma prevista no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que determina que "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder"; assim como do conteúdo do art. 5º, LV, que estabelece que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

2.6.3.2. Controle judicial do concurso público

Todas as fases dos concursos públicos podem ser alvo de controle judicial. Bem antes de ser publicado o edital de convocação, o concurso precisa de atos praticados internamente pela administração pública. Esses atos podem ser controlados, em caso de invalidade, isto é, de nulidade, que se caracteriza quando um ato administrativo fere norma jurídica. As regras do edital também podem ser controladas pelas mesmas razões.

A jurisprudência (o conjunto das decisões de juízes e tribunais) considera que, em virtude do princípio da separação dos poderes (melhor identificado como princípio da especialização das funções), os juízes não podem:

- a) interferir na escolha dos critérios de seleção dos candidatos do concurso, indicados no edital;
- b) interferir nos critérios de correção das questões e de atribuição das notas;
- c) influir na forma de elaboração das questões nem as modificar;
- d) revisar o trabalho da banca examinadora.

Todas essas restrições reconhecem o chamado poder discricionário da administração pública, isto é, a possibilidade que o administrador tem de, nos limites permitidos pela lei, fazer escolhas que, a seu ver, atendam da melhor forma o interesse público. Por outro lado, essas restrições que o Poder Judiciário reconhece não o impedem de anular atos administrativos, mesmo os praticados com base na discricionariedade, sempre que verificar contrariedade à lei. Por conseguinte, sem prejuízo do poder discricionário do administrador público, a administração deve sempre curvar-se ao princípio da legalidade.

Em relação especificamente ao controle das questões de concursos, o Judiciário pode invalidar (anular):

- a) questões que exorbitem da matéria apontada no edital do concurso;
- b) questões que apresentem erros evidentes e graves, os quais as tornem imprestáveis para o exame dos candidatos;
- c) aspectos que firam algum princípio ou regra da administração pública, especialmente a legalidade, ou regras fixadas para o concurso pela própria administração.

Somente em casos de grave ilegalidade cabe ao Poder Judiciário, por meio de interpretação, modificar decisão administrativa da banca examinadora.

Critérios a serem observados quando da análise de um edital de um concurso público por Órgão de Controle Externo, tomando-se, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Piauí pela Divisão de Fiscalização de Atos de Pessoal (DFAD) em conformidade com a Resolução TCE/PI nº 23/2016:

1. Edital regulador do concurso, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) Nomenclatura dos cargos ou empregos públicos, discriminando quantidade de cargos/vagas, remuneração inicial, carga horária, atribuições, qualificação profissional e escolaridade exigidas, além da indicação da legislação que cria as vagas e define o estatuto jurídico dos servidores;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

*** A Lei estadual nº 7.626, de 11 de novembro de 2021 que determina a reserva 25% das vagas em concursos públicos e processos seletivos a pessoas negras e pardas. A medida é para cargos da administração pública estadual, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controlada pelo Governo do Piauí.**

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

*** O edital deve contemplar as causas e suspeições dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso, em respeito ao princípio da moralidade e isonomia, evitando a participação, na qualidade de candidato, de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Além de alicerçada nos referidos princípios constitucionais, a previsão tem supedâneo no art. 20 da Lei Nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, nos termos da Súmula 633 do STJ.**

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade do certame e se haverá possibilidade de prorrogação;

i) Requisitos para posse (documentação necessária).

2. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), bem como do cumprimento dos artigos 19, 20 inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00, conforme modelo proposto no anexo I da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

No que diz respeito ao limite de gasto com pessoal nos municípios, o percentual é de 60%, quando **54% é o relativo de gastos com pessoal do executivo municipal, e 6% é de gastos com pessoal do legislativo.**

Ultrapassado o teto efetivo de gastos com pessoal (54%), então o município terá 8 (oito) meses para corrigir os excessos e, para isso, a LRF previa que, dentre as atitudes a serem tomadas, seria possível, segundo o artigo 23, §§ 10 e 20, **a redução de valores de cargos e funções, bem como redução temporária de jornada de trabalho e a consequente redução dos vencimentos.**

3. Informações sobre o número de vagas existentes e sua origem, destacando o quantitativo já ocupado e o disponível para provimento antes da abertura do certame, conforme anexo II da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

Observar a (s) lei (s) que criaram os cargos e quantidade de cargos ofertados no edital do certame para que o saldo não seja negativo, ou seja, as vagas estejam devidamente criadas por lei e em quantidades suficientes.

4. Ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e a Comissão Organizadora, indicando a publicação.

Necessária à publicação em Diário Oficial de ampla divulgação de portaria que cria a Comissão Organizadora do Concurso Público para acompanhar, supervisionar e fiscalizar: lançamento de edital, aplicação de provas, divulgação de resultado, assim como proceder outros atos legais, a portaria deve estar devidamente assinada pelo Gestor responsável. É recomendável que a mesma seja formada por servidores do quadro efetivo da entidade.

5. Declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme anexo III da Resolução TCE/PI nº 23/2016.

Conclusão

O instituto do concurso público tem um importante papel na sociedade atual, além de contribuir para uma seleção transparente e isonômica entre os candidatos para admissão nos quadros dos órgãos públicos, ele também constitui uma íntima relação com o princípio da eficiência, de forma que a seleção seja adequada para admitir os candidatos mais qualificados para desempenharem os serviços públicos.

São através do uso da meritocracia como critério para selecionar seus agentes que a Administração melhor desempenha as suas atividades; e, ao mesmo tempo, atende aos princípios norteadores do direito administrativo, em consequência disso oferece uma melhor qualidade na prestação de seus serviços.

Para concretizar seu aspecto amplamente democrático, os concursos públicos vêm cada vez mais se atualizando a fim de garantir mais igualdade e se encaixar dentro da realidade brasileira. Dessa forma, pode-se concluir que os concursos são uma importante ferramenta para promover a mobilidade social.

Notas e Referências

BRASIL. ALEPI. **Lei 7.626, de 11 de novembro de 2021**. Disponível em: <https://sapl.al.pi.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2021/4864/lei_3093019_doc00301620211215123049.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia Nº 6.637, de 26 de julho de 2022**. Disponível em: <<https://jconcursos.com.br/noticia/concursos/concurso-inss-portaria-reduz-prazo-para-aplicacao-das-provas-entenda-98898>>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

BRASIL. TCE/TO. **Manual de Análise de Atos de Pessoal - Concurso Público Admissões de Pessoal Efetivo Reintegração, Recondução, Reversão, Readaptação e Aproveitamento**. Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/profissaogestor/images/gestaodePessoal/ManualDeAtosDePessoal_TCE_TO.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 275.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 397.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 421.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

O PROBLEMA DA DESAPOSENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

RENILDO ARGÔLO NERY: Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).⁶

RESUMO: Por meio do presente artigo científico, elaborou-se um estudo analítico acerca da evolução jurisprudencial do tema desaposentação no direito brasileiro, culminando com o julgamento do STF no Recurso Extraordinário nº 381367/RS, em 26/10/2016. Foram extraídas as principais teses suscitadas nos julgados de procedência e improcedência, com o objetivo de promover uma análise crítica com fulcro na teoria do pós-positivista de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Concluiu-se que o conflito entre regras é solucionado por meio de uma cláusula de exceção, ao passo que o embate entre princípios se resolve através da técnica de ponderação de interesses. Entendeu-se que uma regra geral pode ser afastada por meio do sopesamento de princípios constitucionais, através da análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo a permitir o acesso do segurado a benefício previdenciário mais vantajoso. Ademais, buscou-se identificar o papel do magistrado na implementação de políticas legislativas que decorrem de mandamentos do próprio texto constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Legalidade. Ponderação de interesses. Desaposentação. Recurso Extraordinário nº 381367/RS.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, nos autos do Recurso Extraordinário nº 381367/RS⁷, julgado em conjunto com outros dois recursos da mesma natureza (RE 661256/SC e RE 827833/SC), o Supremo Tribunal Federal definiu ser atualmente inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Ao fim, estabeleceu o Pretório Excelso que apenas por meio de lei em sentido formal é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

Em verdade, a discussão acerca dos marcos distintivos entre princípios e regras é um problema que há muito aflige especialistas em disciplinas propedêuticas jurídicas. Porém, considerando que o conhecimento é um elemento aproximativo, temporário e refutável, o objetivo deste artigo científico não é esgotar ou analisar exaustivamente a questão, mas sistematizar os postulados já

⁶ Contato: argolo.nery@gmail.com

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 381367/RS, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 26/10/2016.

consagrados na doutrina e na jurisprudência. Assim, muito longe de expor conclusões definitivas, almeja-se descrever os pressupostos gerais que circundam o problema da desaposentação, para que sirvam como supedâneo para futuras discussões.

Desse modo, antes de adentrar na questão principal do tema, buscou-se traçar um exame analítico acerca do conceito de regras e de princípios, integrantes do gênero "norma jurídica", bem como descrever os mecanismos adotados para solucionar eventual colisão. Em seguida, foram descritos os principais argumentos utilizados nas decisões judiciais que negaram o pleito de desaposentação, julgaram procedente o pedido ou condicionaram o direito à devolução dos valores já recebidos pelo segurado a título de benefício previdenciário. Na oportunidade, com base na teoria da norma jurídica anteriormente exposta, foram realizadas ponderações críticas acerca do discurso jurídico empregado pelos Tribunais para dirimir a controvérsia.

2 DESENVOLVIMENTO

De início, impende destacar que a metodologia utilizada no presente estudo foram as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, envolvendo, pois, a busca de livros, monografias, jornais e revistas, bem como decisões e acórdãos proferidos pelas principais cortes do país, na tentativa de compreender os fundamentos das decisões judiciais que enfrentaram o tema da desaposentação.

2.1 Dos princípios e das regras: uma delimitação epistemológica

Conhecer a natureza de determinado instituto jurídico é tarefa imprescindível para que o intérprete possa estabelecer o respectivo enquadramento no arcabouço epistemológico da Ciência do Direito, traçando, por conseguinte, os limites relacionais com as demais vertentes do saber jurídico. Segundo Miguel Reale⁸, uma das tarefas essenciais da epistemologia é classificar o objeto das ciências jurídicas, não só para determinar a natureza de cada uma delas, mas também para tornar claras as implicações no relacionamento entre as mesmas.

Paulo Bonavides⁹ assinala que a juridicização dos princípios atravessou três fases distintas. A primeira etapa, segundo o autor, é a fase jusnaturalista, na qual os princípios compunham uma esfera abstrata, porém desprovida de qualquer coercibilidade, servindo apenas como parâmetro ético-valorativo das ideias que inspiram os ditames da justiça. Por outra parte, assevera que a etapa subsequente corresponde ao ingresso dos princípios na legislação ordinária, especialmente cível, como fonte normativa subsidiária, na tentativa de manter incólume o postulado da completude do ordenamento jurídico. Destarte, seguindo esta corrente de inteligência histórica proposta pelo autor, verifica-se que o estágio terceiro e contemporâneo coincide com a era do Pós-Positivismo, na qual os princípios adquiriram natureza constitucional, convertendo-se em verdadeiros pedestais axiológicos em que se assenta o ordenamento jurídico.

Antes de oferecer qualquer distinção conceitual, vale destacar que os princípios e as regras são espécies do gênero "norma jurídica". Por conseguinte, ambos têm força normativa. As regras descrevem em sua estrutura lógica uma hipótese fática e uma consequência jurídica, nas quais incidirão o mecanismo da subsunção, ao passo que os princípios prescrevem diretrizes normativas abstratas,

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 306.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254-266.

produzindo verdadeiros “mandados de otimização”¹⁰ que, em última análise, como ressalta Luciano Martinez¹¹, visam à potencialização da própria justiça. Assim, a regra tem natureza descritiva, ao passo que o princípio possui a prescritibilidade axiológica como qualidade fundamental.

Assim, na acepção jurídica, os princípios são proposições normativas fundamentais, gerais ou setoriais que, revelando os valores basilares do sistema normativo, orientam na elaboração das leis e auxiliam na atividade de interpretação e integração¹² do Direito.

Os princípios não objetivam regular situações específicas, mas sim estender seu império normativo sobre todo o sistema jurídico. Em verdade, essa meta é alcançada na medida em que eles vão perdendo a densidade semântica e ascendendo, assim, a uma posição no ordenamento jurídico que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que a norma instituidora de regras, como leciona Celso Ribeiro Bastos¹³. Portanto, resta patente que aquilo que o princípio perde em carga normativa adquire, por outro lado, como força valorativa.

De outro modo, as regras seguem o parâmetro hermenêutico do “tudo ou nada”, segundo a dicção de Ronald Dworkin¹⁴, como será analisado no tópico a seguir. Em verdade, toda regra traduz relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações: ocorrendo a hipótese prevista em lei, a regra deverá incidir, em homenagem ao mecanismo clássico da *subsunção*.

Em face do exposto, verifica-se que as normas jurídicas, como um gênero no qual se inserem as regras e os princípios, existem para regular situações da vida humana, estabelecendo a normatização da realidade fática em que se inserem. Não obstante, os princípios possuem um grau de maior generalidade e abstração, com eficácia irradiante por todo o sistema normativo, orientando sua interpretação e aplicação, ao passo que as regras são específicas e concretas, prescrevendo uma conduta em determinadas circunstâncias.

2.2 Do conflito entre regras e da colisão entre princípios: mecanismos de solução

Em virtude da natureza descritiva de conduta das regras e do caráter valorativo e finalístico dos princípios, resta patente que eventual conflito entre regras ou entre princípios deverá ser resolvido por meio de uma técnica hermenêutica peculiar a cada caso. O conflito entre regras é solvido pelo critério hierárquico, cronológico ou da especialidade, ao passo que a colisão entre princípios é decidida

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹¹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77-78.

¹² Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 221.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

basicamente pela técnica da ponderação de interesses, por meio da qual, no caso concreto, avalia-se a prevalência episódica de um princípio com relação a outro com ele cotejado.

Ressalte-se, ainda, que malgrado haja uma gama de renomados pensadores que tentam solucionar a problematidade aqui apontada, Robert Alexy e, em certa medida, Ronald Dworkin, foram eleitos para fundamentar as principais discussões de índole filosófica deste estudo.

2.2.1 Do conflito entre regras: invalidades e cláusulas de exceção

Há conflito entre duas regras jurídicas quando existe incompatibilidade lógica entre o que é fixado pela primeira e o que estabelece como padrão de conduta a segunda. Verifica-se, melhor dizendo, a presença de dois mandamentos normativos, tipificando igual conduta, com soluções jurídicas aparentemente antagônicas.

Segundo Robert Alexy, "*um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida*"¹⁵. Em verdade, significa dizer que, nessa espécie de antinomia normativa, a nota característica reside no fato de não se admitir aplicação simultânea de duas regras com consequências jurídicas contraditórias entre si.

O conflito entre regras é resolvido no âmbito da validade, tendo em vista que, se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, por conseguinte, serão válidas também suas consequências jurídicas, pois se encontram inseridas no arcabouço normativo.

Desse modo, as antinomias entre regras podem ser solvidas, a princípio, mediante utilização de uma cláusula de exceção, fundada nos critérios cronológico, pelo qual a regra posterior derroga a regra anterior (*Lex posterior derogat legi priori*); hierárquico, através do qual a regra hierarquicamente superior afasta a inferior (*Lex superior derogat legi inferiori*) ou da especificidade, quando a regra dotada de especialidade prevalecerá sobre a instituidora de parâmetros ou diretrizes gerais (*Lex specialis derogat legi generalis*).

Como leciona Robert Alexy¹⁶, se, no caso concreto, a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de "dever ser" reciprocamente contraditórios, restando impossível a resolução do conflito pela aplicação de uma cláusula de exceção, mesmo assim o sistema admite apenas a aplicação de uma das regras, devendo ser invalidada a outra, com a consequente expurgação do sistema normativo, como mecanismo de preservação da unidade do ordenamento jurídico.

Cumprido destacar, porque oportuno, que Ronald Dworkin segue uma linha de intelecção semelhante, no sentido de que as regras se aplicam à maneira do "tudo ou nada". Por conseguinte,

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

“dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁷”.

De acordo com o pensamento dworkiniano, se duas regras entrarem em conflito, uma delas deve ser declarada inválida. A decisão de averiguar qual delas está em desconformidade com o ordenamento geralmente é tomada com base nos critérios da hierarquia, antiguidade ou especialidade normativa. Assevera o autor que o sistema jurídico pós-positivista deve também preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais relevantes¹⁸, adotando um critério que vai além das diretrizes instituídas pelo modelo positivista clássico, como será examinado no tópico a seguir.

2.2.2 Da colisão entre princípios: a ponderação de interesses

Questão amplamente discutida nos últimos anos, e que tem sido objeto de várias indagações por parte da doutrina especializada, é a colisão entre princípios constitucionais. Observe-se que, para dirimir tal litígio, devem ser considerados os bens e valores em conflito, oferecendo tratamento de prevalência esporádica a um deles, em casos especiais. Diferentemente do conflito entre regras, não existe pressuposição da superioridade normativa de um princípio em relação a outro com ele cotejado, mas apenas uma situação de destaque episódico em virtude das circunstâncias fáticas que autorizam o *discrímen*.

Dirley da Cunha Júnior¹⁹ ratifica que todas as normas-princípios e normas-regras se encontram no mesmo plano normativo, não havendo razão para se falar em qualquer hierarquia normativa. Contudo, no que se refere à superioridade valorativa, assinala ser inquestionável a existência de uma hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais. Em seguida, assevera: “*Com efeito, há princípios com distintas cargas valorativas; uns sem densidade semântica, mas com intensa força valorativa; outros, com densidade normativa, mas com pouca carga valorativa. Os primeiros projetam-se sobre todo o sistema de normas, exigindo que sejam observados os valores que eles consagram. Os segundos atuam em domínios normativos específicos, fazendo efetivos e concretos exatamente aqueles valores*”.²⁰

Antes de adentrar ao conteúdo da colisão entre princípios constitucionais, algumas observações doutrinárias merecem ser feitas: os princípios podem ser explícitos ou implícitos, respectivamente, quando, sem prejuízo de sua natureza, forem formulados de forma consignada na literalidade da norma jurídica ou permaneçam ocultos sob a materialidade dos elementos. Ademais, o fato de um princípio recôndito vir a se tornar explícito não faz com que se transmude automaticamente em uma regra²¹.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 181-182.

²⁰ *Ibidem*, p. 182.

²¹ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

Leciona Ronald Dworkin que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papeis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”²². Assim, em havendo conflito entre regras densificadoras de princípios, mostra-se viável a aplicação do mecanismo da ponderação de interesses, ao invés de proceder por meio dos critérios tradicionais de resolução das antinomias aparente entre regras, porque a regra, neste caso, é um mero veículo de materialização dos princípios constitucionais.

A ponderação de interesses consiste na técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvam princípios, conflitos estes insolúveis pelas regras de hermenêutica tradicional. Como todo princípio tem igual hierarquia normativa, a técnica de ponderação consiste no estabelecimento da predominância relativa de um princípio em face de outro, sob determinadas circunstâncias fáticas, em razão da carga axiológica que trazem consigo, a partir de critérios e pressupostos delineados pelo sistema jurídico.

Em se tratando da solução teórica para a colisão de princípios jurídicos, dentre muitas, duas escolas se destacam: a corrente juspolítica liberal e não utilitarista norte-americana, encabeçada por Ronald Dworkin, e a doutrina dogmática pós-positivista germânica, liderada por Robert Alexy.

A grandeza da contribuição teórica formulada por Ronald Dworkin consistiu em promover a junção da teoria do direito com a filosofia, na tentativa de reaproximar o direito positivo do direito natural. Nesse contexto, é inaugurada uma etapa histórica na evolução do pensamento jurídico ocidental denominado “neopositivismo”. Em verdade, afirma-se que a teoria desenvolvida por *Dworkin* esteve à frente de seu tempo, considerando que, não obstante tenha origem no positivismo clássico e esteja inserida no pensamento liberal, proponha um postulado normativo baseado na comunhão entre direito e justiça²³.

Dworkin adverte que os princípios devem ser aplicados conforme seu valor, ao contrário do que ocorre com as regras, que obedecem ao paradigma do “tudo ou nada”, na hipótese de interferência mútua. O jusfilósofo assevera que, no que concerne à colisão entre princípios, a solução há de ser orientada no peso ou força de cada um deles que esteja em litígio. Em realidade, a opção do hermeneuta em aplicar um ou outro princípio em determinado caso concreto significa, unicamente, a superação episódica do princípio constitucional naquele evento específico. Diante de nova situação fática, o intérprete poderá adotar outro posicionamento com relação aos mesmos princípios, através de uma necessária adaptação do nível de importância que anteriormente lhes foi atribuída²⁴.

De outra parte, Robert Alexy afirma que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são “mandados de otimização”, ao passo que as regras têm o caráter de

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

²³ BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p.82-85.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43-44.

“mandados definitivos”²⁵. Esta diferenciação, todavia, é meramente teórica, tendo em vista que “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre espécies de normas”²⁶.

Nota-se que os princípios em colisão não se excluem em abstrato, mas apenas se mitigam no caso concreto. Nessa esteira de raciocínio, Robert Alexy cria a denominada Lei de Colisão, destinada a resolver eventual embate através da ponderação de precedências e pesos dos princípios conflitantes. Assim, propõe a utilização do critério da proporcionalidade, sendo que na ponderação dos princípios serão atravessadas necessariamente as fases de análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A etapa de estudo da adequação avaliará as possibilidades fáticas que envolvem o litígio entre direitos fundamentais, verificando se há algum desvio de finalidade. Em seguida, o estágio da necessidade perquirirá se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o caminho empregado foi mais benéfico à coletividade humana. Por fim, na fase da proporcionalidade em sentido estrito, analisar-se-á a relação custo-benefício entre a eleição de um princípio em detrimento de outro, bem como a dimensão da intervenção no direito fundamental relativizado.²⁷

Quanto às etapas a serem percorridas na lei de colisão (proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade), assevera que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, mas a análise da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização, em face das possibilidades fáticas.²⁸

2.2.3 Da colisão entre princípios e regras: o dogma da superioridade axiológica

Os princípios, sejam implícitos ou explícitos, são normas jurídicas dotadas de coercibilidade, diferenciando-se das regras na medida em que eles são normas dotadas de ampla carga valorativa, enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas concretas, dispostas a materializar os valores veiculados pelos princípios. Antes de apontar os mecanismos de solução em caso de colisão entre princípios e regras, faz-se imprescindível entender a localização dos princípios no ordenamento jurídico.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, os princípios desempenham uma função transcendental no texto da Constituição, dando-lhe a feição de unidade, embora o autor acredite que os princípios não possam, *per si*, gerar direitos subjetivos²⁹.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

²⁶ *Ibidem*, p. 87.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-103.

²⁸ *Ibidem*, p. 118.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 92.

Em seguida, ratificando o caráter normativo dos princípios, assevera o constitucionalista que os princípios são de maior nível de abstração que as regras, permeando todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, além de traçar os vetores e rumos em função dos quais as demais normas devem ser interpretadas. Desse modo, os princípios seriam as vigas mestras do texto constitucional, que vão se concretizando não somente a partir de outras normas da Constituição, mas também por meio da legislação ordinária que desdobrará os mandamentos nucleares do sistema³⁰.

Também vale ser ressaltado que Celso Ribeiro Bastos classifica a norma principiológica em duas espécies fundamentais: princípios gerais do direito e princípios constitucionais. Os princípios gerais do direito seriam normas de incidência obrigatória em qualquer ramo do ordenamento jurídico, ao passo que os princípios constitucionais só seriam invocados conforme a área em que se esteja atuando. Portanto, segundo o autor, os princípios retromencionados se diferenciariam conforme a amplitude da incidência³¹.

Divergindo da proposta classificatória bipartida de princípios, Paulo Bonavides assevera que, *"em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios supralegais, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida já de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista"*.³²

Com a devida vênia ao pensamento de Celso Ribeiro Bastos, a linha de intelecção traçada por Paulo Bonavides merece guarida. Além de a expressão princípios gerais do direito se encontrar em desuso na doutrina mais abalizada e estar assentado o entendimento teórico de que os princípios, implícitos e explícitos, têm o texto constitucional como nascedouro, como é consabido, toda norma que defina direitos e garantias fundamentais, seja norma-regra ou norma-princípio, independentemente do diploma legal em que estiver inserida, é norma materialmente constitucional³³, não existindo razão, destarte, para raciocinar que tais princípios não teriam sede na Constituição da República.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comparar o valor axiológico da norma-regra com o da norma-princípio, pontifica que *"violam um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma: a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos"*³⁴.

Paulo Bonavides acrescenta: *"A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de*

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93.

³¹ *Ibidem*, p. 95-96.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 293.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40-41.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 54.

*mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos de ordem constitucional*³⁵.

Conclui-se, destarte que, considerando a natureza constitucional dos princípios e sua permeabilidade por todos os ramos do direito, resta indene de dúvidas que, na hipótese de colisão entre um princípio e uma regra, prevalecerá o princípio, devendo a regra ser declarada inconstitucional.

2.3 O problema da desaposentação na jurisprudência pátria

A desaposentação consiste na possibilidade de o segurado renunciar ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição que atualmente percebe, a fim de que possa lhe ser concedido outro benefício mais vantajoso, aproveitando as contribuições vertidas ao sistema previdenciário após o jubramento, para satisfazer os requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais.

Em verdade, diz-se que não se afigura lícito que o segurado aposentado seja obrigado a contribuir para a Previdência Social em nome do princípio da solidariedade sem, todavia, fazer jus a uma mínima contrapartida após a aposentadoria proporcional. Por outra parte, argumenta-se que o sistema previdenciário brasileiro não é estruturado sob o sistema de capitalização, por força do qual o segurado receberia exatamente o resultado de contribuições vertidas ao sistema em todo período contributivo, com as devidas atualizações legais.

No caso *sub examine*, observa-se o conflito entre princípios constitucionalmente consagrados, o que demanda um estudo para fins de sistematização dos entendimentos jurídicos suscitados, que permitirá construir um arcabouço argumentativo capaz de apontar os direcionamentos para solver esta querela jurisprudencial.

Cumprir frisar que, nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari³⁶, a desaposentação consiste no "*ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário*".

Apesar de não haver expressa previsão na Lei nº 8.213/1991 no tocante à desaposentação, o Decreto nº 3.048/1999, em seu art. 181-B, prevê a seguinte disposição: "*as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis*". Com efeito, a doutrina critica tal regramento, no sentido de que é perfeitamente possível que o segurado renuncie ao benefício que percebe, com o fito de obter outro mais vantajoso.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289.

³⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 6 ed. São Paulo: LTR, 2005.

No ensinamento dos professores Eduardo Rocha Dias e Leandro Macedo³⁷, verifica-se claramente o que ora se demonstra, nestes termos: "*o legislador regulamentar interpretou o silêncio legislativo como uma proibição. Não nos parece correta, entretanto, essa conclusão. É inegável que a aposentadoria tem caráter patrimonial, significando que o direito à concessão e manutenção de sua percepção depende da vontade do titular. Se esse segurado, nada obstante aposentado volta a trabalhar, e esse novo trabalho e respectivo tempo de contribuição lhe proporcionam uma nova aposentadoria mais vantajosa, não há como negar o direito à desaposentação. O silêncio legislativo deve ser interpretado favoravelmente ao segurado*".

Antes da recente pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 381367/RS, mencionado alhures, no âmbito dos Tribunais Pátrios se formaram basicamente três correntes para dirimir a controvérsia, as quais serão analiticamente examinadas a seguir.

2.3.1 Da vedação legal à desaposentação

A primeira corrente inadmite a desaposentação, em síntese, por ausência de previsão legal expressa. Ao revés, para essa posição, haveria vedação pelo § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/1991 e pelo art. 181-B do Regulamento da Previdência Social, sendo o silêncio legislativo interpretado como verdadeira proibição.

Assim, não seria admissível que o tempo de serviço que fundamentou a concessão original do benefício previdenciário, que agora se pretende renunciar, seja aproveitado para fins de nova aposentadoria. É que o tempo de serviço não pode ser utilizado em duplicidade, para obter aposentadoria por tempo de contribuição e, posteriormente, para obtenção de novo benefício, no mesmo regime, em virtude de situação mais favorável.

Com efeito, todo sistema previdenciário é estruturado com a criação de mecanismos que premiam os segurados que posterguem o pedido de aposentadoria. Isso porque, se fosse possível a renúncia e a nova contagem do tempo anteriormente utilizado para a aposentadoria integral que se renunciou ruiria toda a lógica do sistema baseado no princípio da solidariedade. De acordo com a referida corrente, as contribuições posteriores à aposentadoria não necessariamente devem se reverter em prestações previdenciárias para o segurado, ainda mais porque, não fosse o princípio da solidariedade, também sob o prisma legal, não existe previsão de pagamento de benefícios em casos deste jaez para os que já se encontram aposentados.

De fato, nesse caso, os segurados não teriam nenhum incentivo para postergar o pedido de aposentadoria, pois o melhor a fazer seria requerer tão logo que possível a aposentadoria e, após, à medida do incremento do tempo de contribuição, renunciar várias vezes, em curtos intervalos de tempo, a fim de que os proventos fossem progressivamente aumentados, com o acréscimo do tempo de contribuição posterior à aposentadoria original.

A renúncia à aposentadoria previdenciária objetivando sua majoração, através da incorporação de novas contribuições vertidas após a concessão do benefício, encontraria óbice no

³⁷ DIAS, Eduardo Rocha. e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Método, 2008.

ordenamento jurídico e afrontaria a garantia do ato jurídico perfeito, por ser prática expressamente vedada pelo art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91: "*O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado*".

Assim, presente o princípio da solidariedade, não se poderia afirmar inconstitucionalidade na inexistência de contraprestação ao aposentado que retorna ao mercado de trabalho (com exceção do salário-família e da reabilitação). O princípio da solidariedade é, a propósito, a diretriz do sistema brasileiro, que segue a regra de repartição simples. Assim, não se cogitando da existência de um sistema de capitalização, não se poderia afirmar inconstitucionalidade pelo fato de o aposentado verter contribuições, mas não poder usufruir de nova aposentadoria com base nelas.

Registre-se que a Presidente da República vetou o trecho da Lei 13.183/2015 que tratava da desaposentação e dispensava a devolução dos valores recebidos, demonstrando que atualmente inexistente base legal para regular a questão³⁸.

Esta foi a teoria adotada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 381367/RS. Entendeu a Suprema Corte que não há previsão legal da desaposentação no direito brasileiro, embora seja uma matéria que possa ser livremente tratada pelo Congresso Nacional, por inexistir vedação na Carta da República.

2.3.2 Da admissibilidade condicionada à devolução dos valores recebidos

O segundo entendimento se posiciona no sentido de se admitir a desaposentação, reconhecendo os direitos previdenciários como disponíveis, entretanto, exigindo, para que o segurado fizesse direito à nova aposentadoria, a devolução dos proventos recebidos enquanto esteve aposentado.

38 "Art. 54. (...)

§ 1º Os aposentados por tempo de contribuição, especial e por idade do Regime Geral de Previdência Social poderão, a qualquer tempo, ressalvado o período de carência previsto no § 2º do art. 25 desta Lei, renunciar ao benefício, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, não serão devolvidos à Previdência Social os valores mensais percebidos enquanto vigente a aposentadoria inicialmente concedida.' (NR)

Art. 96 (...)

III - não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no § 1º do art. 54 desta Lei."

Nesse sentido se manifestou o magistério jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 5ª Região³⁹: "*O pedido somente seria cabível se a demandante, ao requerer a desaposentação visando a (re)utilização do tempo de serviço nela já empregado, promovesse a devolução de todos os valores percebidos a título de proventos da aposentadoria por tempo de serviço, o que não é o caso dos autos*".

Era a orientação, igualmente, da Turma Nacional de Uniformização (TNU)⁴⁰: "*é possível a desaposentação desde que haja a devolução dos proventos já recebidos*".

De acordo com o entendimento das Cortes acima referidas, se o segurado pretende renunciar à aposentadoria proporcional para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, deve ser demonstrada a restituição dos valores recebidos da autarquia previdenciária.

Argumenta-se que, acaso não fosse exigida a restituição dos valores recebidos a título de proventos, haveria nítida vantagem para os segurados que solicitam a aposentadoria proporcional e passam a receber a contraprestação do INSS, em relação aos que aguardam o cumprimento dos requisitos para o recebimento do benefício integral, vez que ambos vertem para a Previdência idênticas contribuições durante o período integral, mas apenas o primeiro já alcançou o recebimento de valores durante determinado período.

Seria imperioso, portanto, o prévio retorno ao "*status quo ante*", evitando-se, assim, a conferência de tratamentos jurídicos diversos a pessoas que encontram em situações idênticas.

Ademais, se os valores percebidos durante a aposentadoria não tiverem que ser devolvidos, todos os segurados passariam a requerê-la, como se fosse uma fase preparatória para posteriormente requerer a aposentadoria integral, o que não parece ter sido a intenção do legislador ao silenciar a respeito do tema, tendo em vista a legalidade estrita que rege a Administração Pública.

Além disso, a aposentadoria proporcional leva em consideração o tempo de contribuição, a idade do segurado e a expectativa de sobrevida na data da concessão. Assim, o benefício será diretamente proporcionalmente ao tempo de contribuição e à idade do segurado e inversamente proporcional à expectativa de sobrevida na data da aposentadoria. Em outras palavras, quanto maior for o tempo de contribuição e a idade na data do requerimento, maior será o valor do benefício e quanto maior for a expectativa de vida na data do requerimento, menor será o valor do benefício.

Nesse sentido, seria possível cogitar não apenas que os segurados pudessem renunciar à aposentadoria proporcional a fim de requerer a integral como, em tese, poderiam renunciá-la mês após mês, até fazerem jus à integral, a fim de que o INSS recalculasse o valor do benefício. Afinal, o benefício aumentaria a cada novo requerimento mensal seja pelo aumento de tempo de contribuição, seja pelo

39 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 00066355520114058400 (AC534767/RN). Desembargador Relator: Paulo Gadelha. Segunda Turma, Julgamento: 06/03/2012, Publicação: DJE 15/03/2012 - Página 497.

40 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Processo n.º 200872580022693, Relator(a) Juiz Federal JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS, DJ 23/3/2010.

aumento da idade do segurado, seja pela diminuição da expectativa de vida na data do novo requerimento.

Dessa forma, a devolução das quantias, além restabelecer o "*status quo ante*" e deixar de dar tratamento jurídico diverso a situações idênticas, desestimularia o segurado a requerer sucessivas renúncias da aposentadoria proporcional.

Diante de tal quadro, entende a segunda corrente que somente se poderia cogitar uma nova aposentadoria, com agregação de tempo posterior ao jubramento, caso ocorresse a devolução dos valores recebidos, vez que todos os efeitos, neste caso, inclusive os pecuniários, estariam sendo desconstituídos.

2.3.3 Da admissibilidade independentemente da devolução dos valores recebidos

O terceiro entendimento, agasalhado pelo STJ, admitia a desaposentação sem que o segurado tivesse que devolver os proventos recebidos enquanto esteve aposentado, por se tratar de direito patrimonial disponível.

De acordo com a referida corrente, o artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 realmente preceitua ser vedado ao aposentado do RGPS que voltar a contribuir para o sistema previdenciário o direito de postular qualquer outra prestação da Previdência Social que não seja o salário-família e a reabilitação profissional. Ocorre que tal dispositivo não se enquadra ao caso em análise, porquanto o ato administrativo pode ser revisto em existindo fato superveniente à sua concessão, em que o segurado continuou contribuindo após a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Assim, o citado artigo não obstará a revisão, porquanto seu preceito reside tão-somente em vedar a concessão de outros benefícios previdenciários, tais como, auxílio-doença, auxílio-acidente, em relação à atividade laboral exercida pelo já aposentado.

Além disso, de acordo com o entendimento adotado pelo STJ, o ato de renúncia possui o caráter desconstitutivo, de forma que seus efeitos operam-se *ex nunc*, ou seja, não retroagem, sendo mantido o pagamento dos valores efetuados anteriormente. As consequências jurídicas do benefício renunciado são preservadas, de forma que o ato de concessão do benefício anterior restou legítimo.

O STJ inclusive decidiu em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/1973)⁴¹ que a renúncia ao benefício anterior, e o consequente aproveitamento do tempo para a concessão de outro benefício, não implicam a devolução dos valores pagos, nestes termos: "*Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento*".

Desta feita, considerando que não se vislumbrou qualquer irregularidade na concessão do benefício anterior, entendeu o STJ que não haveria que se falar em devolução dos valores. Além disso,

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334488/SC, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJ de 14/5/2013.

não se pode olvidar o caráter alimentar da aposentadoria percebida legalmente, o que lhe confere a característica da irrepetibilidade.

Em verdade, a cessação do anterior liame, promovida com o ato de aposentação, implica a constituição de uma nova relação jurídica previdenciária detentora de um regramento específico, cujas limitações impostas se justificam em função da substancial e benéfica modificação da situação fática do segurado.

3 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 381367/RS42, pacificou a controvérsia aqui exposta, aduzindo que incumbe ao Congresso Nacional a disciplina da matéria. Por sete votos a quatro, a maioria do STF entendeu que somente por lei é possível fixar os critérios para a desaposentação, não podendo o Poder Judiciário se converter num verdadeiro legislador positivo.

Em sua manifestação no processo, a Advocacia-Geral da União apresentou um estudo técnico no qual restou constatado que a desaposentação geraria impacto de quase oito bilhões de reais por ano aos cofres da Previdência Social, a demonstrar que se trataria, a princípio, de uma medida temerária, em face da crise econômica que vem assolando a economia brasileira.

A proposta do Supremo Tribunal Federal, portanto, considera a possibilidade de um diálogo institucional entre os Poderes, vez que o debate acerca das escolhas entre as alternativas constitucionalmente possíveis deveria ser feito no âmbito do Poder Legislativo, com a implementação pelo Executivo. Declarou-se que a desaposentação não é contrária ao espírito da Carta da República, mas sua disciplina passará necessariamente pelo crivo do legislador.

Malgrado não se trate de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o entendimento do STF tende a ser acompanhado pelas demais cortes, vez que incumbe ao Supremo dar a última palavra acerca da interpretação constitucional. Apesar de os sistemas concreto e abstrato do controle de constitucionalidade se diferenciarem quanto aos legitimados ativos e âmbito de eficácia da decisão, o Pretório Excelso, ao se manifestar sobre matéria constitucional, em qualquer mecanismo de controle, necessariamente apreciará questões atinentes à condição do país, à política econômica e às alterações fáticas no plano social, a demonstrar que a referida concepção binária se encontra atualmente em vias de desuso.

Com a devida vênia, entende-se que o Supremo Tribunal Federal deu à controvérsia uma resposta eminentemente positivista e exegética, potencializando demasiadamente a regra em detrimento do direito, não sendo condizente com a própria posição de vanguarda que tem adotado nas últimas décadas em matéria de direitos fundamentais. Como discorrido no início deste trabalho, um sistema jurídico não pode ser constituído unicamente por regras ou apenas por princípios, sob pena de ser demasiadamente rígido ou flexível, respectivamente. Isto porque as regras têm o condão de limitar, em nome da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, determinados conceitos fechados que não podem ser afrontados. Por outra parte, os princípios são conceitos abertos que servem para a compreensão e interpretação abrangente do direito. Nessa toada, no modelo normativo

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 381367/RS, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 26/10/2016.

pós-positivista, o ideal é a interação entre regras e princípios, como forma de materializar a aplicação equânime das normas jurídicas no processo de subjetivação do direito objetivo.

Além disso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 641320/RS, o próprio Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião dos direitos fundamentais, já admitiu a possibilidade de decisão manipulativa⁴³, que ocorre quando o Judiciário reescreve o conteúdo do ordenamento jurídico, modificando ou aditando a lei a fim de que ela se torne compatível com o texto constitucional, vez que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV) e todos os poderes estatais estão subordinados ao Texto Maior.

Em realidade, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 641320/RS, citando a doutrina italiana de Riccardo Guastini, afirma que decisão manipulativa é aquela mediante a qual "*o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição*".

A análise da viabilidade da desaposentação encontra obstáculos nos princípios da solidariedade e equilíbrio financeiro e atuarial, além da regra insculpida no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, que prevê a ausência de direito a outros benefícios ao aposentado que retornar ou permanecer em atividade empregatícia, salvo ao salário-família e à reabilitação profissional. Sem embargo, entende-se que o princípio da solidariedade não pode ser preponderado em abstrato como subterfúgio para negativa de direitos fundamentais ou como justificativa para que uma geração seja responsabilizada pela má gerência dos cofres públicos em ocasiões pretéritas, mormente quando o segurado permanece em atividade, vertendo contribuições aos cofres da Previdência Social após a sua aposentação.

Importante rememorar que a concepção dogmática pós-positivista introduzida por Robert Alexy, embasada no pensamento de Ronald Dworkin, representou avanço significativo na conceituação das entidades em que a norma jurídica se desmembra e na representação sistematizada da figura do ordenamento jurídico, na medida em que elasteceu o conceito de princípios, não os restringindo à esfera dos direitos individuais. Ademais, com a doutrina alemã, os direitos fundamentais se incorporaram à concepção teórica de ordenamento jurídico, com a natureza de princípios, dando azo à possibilidade de ponderação de interesses entre eles.⁴⁴

Como dito alhures, o conflito de regras se opera no plano de validade, ao passo que a colisão entre princípios se dá na esfera dos valores. No entanto, conquanto não se possa ter a mensuração exata do peso axiológico de um princípio em comparação a outro de igual patamar normativo, tal avaliação deve ser empreendida pelo magistrado como condição *sine qua non* para que haja uma resposta estatal condizente com os ditames de equidade. É que o sistema jurídico atual admite a formulação de pleitos com base em um simples princípio, não podendo a regra (ou a omissão

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641320/RS, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 11/05/2016.

44 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136.

legislativa) impedir o usufruto de direitos que derivam do espírito constitucional, vez que a revisão do benefício previdenciário, com fundamento em circunstâncias ulteriores favoráveis ao segurado, decorre do próprio direito constitucional ao benefício mais vantajoso.

Por fim, tendo em vista que o STF já pacificou que o tema desaposentação depende de ato legislativo primário, nada impede que a matéria venha a ser disciplinada a qualquer momento, especialmente por meio do afastamento do veto ao trecho da Lei nº 13.183/2015, como exposto em linhas anteriores. Além disso, a coisa julgada em matéria de controle de constitucionalidade contém implicitamente a cláusula "*rebus sic stantibus*", a significar que atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando do julgamento, admitindo nova análise pela Corte Constitucional se houver alteração das circunstâncias legais, políticas, econômicas ou sociais, bem como na hipótese de mora legislativa injustificada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 381367/RS**, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 26/10/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1334488/SC**, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJ de 14/5/2013
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 00066355520114058400 (AC534767/RN)**. Desembargador Relator: Paulo Gadelha. Segunda Turma, Julgamento: 06/03/2012, Publicação: DJE 15/03/2012 - Página 497.
- BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Processo nº 200872580022693**, Relator(a) Juiz Federal JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS, DJ 23/3/2010.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2005.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIAS, Eduardo Rocha. MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

JULIA CASTRO HASEGAWA: Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes e em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Única. Graduada pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Advogada.⁴⁵

RESUMO: O artigo visa analisar brevemente o conceito de função social da empresa no ordenamento jurídico. Inicia-se com uma pesquisa sobre a evolução histórica das Constituições brasileiras e influências sofridas pelo direito estrangeiro, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Dá-se destaque à atual redação do artigo 170 da Constituição Federal. Após, examina-se o conceito de função social da propriedade, com desdobramentos que despontam no atual conceito de função social da empresa. Finalmente, para evidenciar a existência desse princípio, é estudada a legislação esparsa que trata do assunto.

Palavras-chave: Direito empresarial. Direito constitucional. Função social da propriedade. Função social da empresa.

ABSTRACT: The article aims to briefly analyze the concept of the social function of the company in the legal system. It begins with research of the historical evolution of the Brazilian Constitutions and the influences suffered by foreign law, such as the Mexican Constitution of 1917 and the Weimar Constitution of 1919. The current wording of article 170 of the Federal Constitution is highlighted. Afterwards, the concept of the social function of property is examined, with developments that emerge in the current concept of the social function of the company. Finally, in order to evidence the existence of this principle, the sparse legislation that deals with the subject is studied.

Keywords: Commercial law. Constitutional law. Social function of the company. Social function of the property.

⁴⁵ E-mail: juliachasegawa@gmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica das Constituições brasileiras. 3. Princípio da função social da propriedade. 4. Princípio da função social da empresa. 5. Função social da empresa no ordenamento jurídico 6. Conclusão.

1.Introdução

É de conhecimento público que a questão da função social da empresa está muito popular ultimamente. Com o recente aumento dos combustíveis pela Petrobrás, muito tem-se falado que esta empresa tem uma função social, que ela não deve visar somente o lucro e reverência aos acionistas, mas que deve ter consideração ao interesse público. Muito além de um argumento político, essa função social da empresa também tem sido debatida entre os economistas que defendem o capitalismo de stakeholders e as práticas ESG: a empresa não deve utilizar de todos os meios para atingir seu maior lucro sem escrúpulos, mas tem compromisso público, com a sociedade e todos os seus stakeholders.

Com esse assunto em voga, este artigo busca estudar o fundamento jurídico de todas essas afirmações. A função social da empresa funciona como alicerce para essas alegações. Ela não pode ser entendida como discurso político ou filantropia por parte das empresas, mas uma verdadeira obrigação constitucional. O trabalho investiga as origens mais primordiais de uma função social da empresa nas Constituições Federais, explica a existência da função social da empresa por meio da função social da propriedade contida no artigo 170 da atual Constituição e, por fim, dá exemplos em legislações esparsas no ordenamento jurídico da veracidade da obrigação constitucional da função social da empresa. Foi realizado um estudo descritivo por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa.

2.Evolução histórica

A função social da empresa não é novidade no direito brasileiro. Desde a Constituição Federal de 1934 existe uma forte tendência a dar a atividade econômica no país um viés social. Esta Carta sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 e da Constituição do México de 1917, com destaque aos direitos humanos de segunda geração e a perspectiva de um Estado Social de Direito.

Uma das principais características dessa Carta é o distanciamento dos princípios do liberalismo econômico contidos na Constituição de 1981, com a compreensão de tentativa de conciliar o capitalismo ao bem-estar social. Surge um Estado intervencionista, agente e regulador da economia. Assim, a ordem econômica foi colocada a serviço do interesse

geral e não somente submetida ao capitalismo exacerbado. A liberdade econômica foi assegurada, mas limitada a alguns requisitos coletivos.

O artigo 115, caput, da Constituição de 1934 estabelecia:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da **Justiça** e as **necessidades da vida nacional**, de modo que possibilite a **todos existência digna. Dentro desses limites**, é garantida a liberdade econômica.⁴⁶ (grifei)

Já na Era Vargas, com a Constituição de 1937 e a instauração da ditadura (“Estado Novo”), pode-se notar influências de ideais autoritários e fascistas. Apesar de terem sido proibidos a greve e o lock-out (artigo 139), foram consolidadas as Leis do Trabalho (CLT) e a redação do artigo 135 continuava a estabelecer a restrição da atividade empresarial dentro dos limites do bem público, conforme segue:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, **exercido nos limites do bem público**, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos **interesses da Nação**, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.⁴⁷ (grifei)

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, tendo reconhecido o direito de greve e conservado o conceito social na atividade privada, vide seus artigos 145 e 147 da mencionada Carta Magna, que dispunham:

46 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

47 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da **justiça social**, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 147. O **uso da propriedade** será condicionado ao **bem-estar social**. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.⁴⁸ (grifei)

Importante mencionar que os artigos estavam incluídos no *Título V – Da Ordem Econômica e Social*, ou seja, a referência à propriedade se dá como propriedade dos bens de produção. Apesar de não dispor expressamente “função social da empresa”, fica claro que o uso propriedade (dos bens de produção) fica condicionado ao bem-estar coletivo e público. Apesar de já ter sido timidamente estabelecido nas Constituições anteriores que a ordem econômica deveria seguir a justiça, dignidade e o bem público, é a primeira vez que o uso da propriedade (no âmbito da livre iniciativa e atividade econômica) fica condicionado ao bem-estar social. Essa Constituição inspirou-se nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934, procurando harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.⁴⁹

Com o golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 seguiu a mesma linha autoritária da Carta de 1937. Nessa Constituição, surge o artigo 157 que tem enormes semelhanças ao que dispõe a nossa atual Constituição Federal de 1988. É eminente que foi determinada uma distinção entre a finalidade da ordem econômica – realizar justiça social – e os princípios da ordem econômica – liberdade de iniciativa, valorização do trabalho, função social da propriedade, cooperação entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao monopólio. O referido artigo estabelecia:

48 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>> Acesso em 19jun.2022.

49 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145.

Art. 157. A ordem econômica tem por **fim** realizar a **justiça social**, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – **valorização do trabalho como condição da dignidade humana**;

III – **função social da propriedade**;

IV – **harmonia e solidariedade entre os fatores de produção**;

V – desenvolvimento econômico;

VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.⁵⁰ (grifei)

As Constituições anteriores já definiam a “justiça social” como um dos princípios da atividade econômica, mas a Constituição de 1967 alterou a sistemática e definiu que a ordem econômica deveria buscar e ter como objetivo a “justiça social”, combinando o conceito com outros novos princípios. Um outro dado relevante é o inciso IV que estabelece o princípio de “harmonia e solidariedade entre os fatores de produção”, no qual deveria se operar por meio da cooperação e soluções adequadas de conflitos entre os fatores de produção.

O mesmo sistema de 1967 esteve presente da Emenda Constitucional 1/1969, com aperfeiçoamentos. O artigo 160 seguiu a redação anterior com pequenas alterações:

Art. 160. A ordem econômica **e social** tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a **justiça social**, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – **valorização do trabalho como condição da dignidade humana**;

50 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

III – função social da propriedade;

IV – harmonia e solidariedade entre as categoriais sociais de produção;

V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo.⁵¹ (grifei)

Nota-se que foi incluído o termo “social” à ordem econômica e, ao lado de realizar a “justiça social”, a atividade privada tem como nova finalidade o “desenvolvimento nacional”. Enfim, reafirma-se que a livre iniciativa tem como finalidade a justiça social.

Modesto Carvalhosa, no seu estudo sobre a ordem econômica na Constituição de 1969, ao analisar a conduta do Estado como “dever-ser econômico”, observa que o Estado passou a ver que os fenômenos sociais poderiam ser conduzidos mediante ação consciente e construtiva, relacionados ao bem comum. O Direito Público começou a ver o homem não somente como sujeito do ato econômico, mas também como objeto da ação produtiva. Assim, essa nova ordem jurídica protegeu alguns bens, incluída a “função social da propriedade”:

Os principais conflitos de interesses entre a atividade econômica privada e o corpo social são considerados como suscetíveis da proteção do Poder Público, seja através de sua direta tutela, seja ao impor às entidades econômicas privadas, e também às públicas, normas imperativamente reguladoras das relações com os demais sujeitos protegidos pelo Estado.⁵²

Portanto, a ordem jurídica atribuiu à livre iniciativa econômica aos entes privados, mas que deve ser exercida dentro dos limites legais da função social da empresa.

51 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm >> Acesso em 20jun.2022.

52 CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 48

Finalmente, a atual Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 170 o que seria a ordem econômica, a qual podemos depreender que a “função social da empresa” está inserida:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a **todos existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – **função social da propriedade**;

IV – livre concorrência;

V – **defesa do consumidor**;

VI – **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – **redução das desigualdades regionais e sociais**;

VIII – **busca do pleno emprego**;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁵³ (grifei)

53 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

Algumas alterações ocorreram se comparada à Constituição anterior. Logo no caput do artigo, pode-se verificar que não se tratou mais de “ordem econômica e social”, mas somente de “ordem econômica”.⁵⁴

A atividade empresarial, a partir da nova redação, tem como finalidade e objetivo assegurar a todos existência digna. É evidente que a composição textual do artigo atual é a mais complexa e rebuscada, tendo em vista as anteriores. Percebe-se que o artigo é dividido em: i) fundamentos; ii) objetivo; iii) meios de exercício.

Os fundamentos, ou a própria estruturação da ordem econômica, são estabelecidos pela valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Ou seja, a atividade econômica é baseada e surge na livre iniciativa e no trabalho humano – o legislador constituinte fez questão de ressaltar a sua valorização. Coloca-se, assim, o homem como centro do sistema de produção. Por outro lado, a livre iniciativa é o direito que todos têm de desenvolver atividade de bens e serviços por sua conta e risco, que decorre do direito de propriedade.⁵⁵ Sem esses pilares, a ordem econômica não se sustenta.

Já o objetivo é único: assegurar a todos existência digna. Essa é a finalidade pelo qual a ordem econômica deve almejar. Luiz Edson Fachin, sobre a dignidade, analisa:

(...) a dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). Da mesma forma, na ordem social busca a realização da tão sonhada justiça social (art. 193), na educação e no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.⁵⁶

⁵⁴ “Entre nós, a referência a uma “ordem econômica e social”, nas Constituições de 1934 até a de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969 – salvo a de 1937, que apenas menciona a “ordem econômica” – e a duas ordens, uma “econômica”, outra “social”, na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão. O que se extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, social”. GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. p. 63-63.

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 274

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 193.

O meio pelo qual a atividade econômica deve ser exercida é “conforme os ditames da justiça social”.⁵⁷ Ou seja, as empresas devem funcionar de acordo com essa justiça social. Para esclarecer o que seria tal justiça, são instituídos os princípios norteadores nos incisos seguintes. O inciso III que dispõe sobre a função social da propriedade será estudado mais detalhadamente, mas adianta-se que a função social da empresa é um desdobramento desse princípio.

É inequívoco que o artigo 170 que trata da ordem econômica deve ser lido em conformidade com toda a sistemática da Carta Magna, principalmente com os artigos 1º e 3º que dispõem dos fundamentos e objetivos da República. Os objetivos da República devem ser empregados também como objetivos da ordem econômica, bem como os fundamentos da República, especificamente os incisos III (a dignidade da pessoa humana) e IV (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa).

Posto isso, o nosso ordenamento jurídico vem se aprimorando com o passar dos anos para tratar do tema de responsabilidade empresarial-privada em questões sociais, já que é percebido que a autonomia privada não pode impor-se sobre os interesses da sociedade. Fica claro que existe a função social da empresa, mesmo que em termos não expressos na Constituição, e que não é algo inédito na Constituição Federal de 1988, mas algo construído há muitos anos.

3.Princípio da função social da propriedade

Como já visto, o princípio da função social da propriedade está inserido no artigo 170 da Constituição. Entretanto, esse princípio também norteia outras áreas fora da ordem econômica.

A propriedade é assegurada como direito fundamental, à luz do artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.⁵⁸ Contudo, esse direito é limitado a atender a sua função social, como bem dispõe o inciso seguinte, XXIII.⁵⁹ Os incisos seguintes estabelecem hipóteses em que, mesmo que a propriedade esteja cumprindo a sua função social, o Estado pode

⁵⁷ Os termos “justiça social” são encontrados novamente no artigo 193 da Constituição Federal de 1988, inserido no Título VIII – Da Ordem Social e, diferentemente do que dispõe o artigo 170 que estabelece que a ordem econômica deve ser exercida conforme os ditames da “justiça social”, a ordem social tem como objetivo a “justiça social”.

⁵⁸ Art. 5º. XXII – é garantido o direito de propriedade;

⁵⁹ Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

desapropriá-la ou utilizá-la em casos de necessidade ou utilidade pública, interesse social ou iminente perigo público.⁶⁰ Ou seja, o direito à propriedade não é absoluto.

A função social da propriedade se dá de maneiras diferentes dependendo da área em que o imóvel está localizado. Em áreas urbanas, nos termos do artigo 182, §2º da Carta Magna, a propriedade cumpre a função social quando segue às diretrizes do plano diretor.⁶¹

Já nas áreas rurais, pode-se depreender pela letra constitucional que a propriedade atende a função social quando, simultaneamente, cumpre os requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.⁶² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal lecionam:

Porém, a leitura do art. 186 da Constituição Federal revela que não é suficiente a exploração racional do solo pelo proprietário rural. Há muito abdicamos da concepção da função agrária como mera função econômica, pois o próprio Estatuto da Terra (Lei nº 4.505/64) já se mostrava avançado para a época e sintonizado com o que hoje se preconiza na legislação. **A exigência de produtividade é apenas o primeiro indício de função social.**

60 Art. 5º. XXIV – 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;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

61 Art. 182. §2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

62 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Portanto, incumbe ao proprietário, igualmente, cumprir as obrigações trabalhistas (interesses coletivos) e preservar a esfera ambiental (interesses difusos) ecologicamente equilibrada. Todos esses interesses não proprietários devem ser simultaneamente satisfeitos, e sua infração poderá embasar uma forma especial de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184 da CF). **Em resumo, a função social da propriedade rural demanda requisitos de eficiência, utilização adequada de recursos ambientes e de utilidade comum, favorecendo o bem-estar dos trabalhadores.**⁶³ (grifei)

Nos casos em que a propriedade não atende a sua função social, o Estado poderá realizar a chamada desapropriação-sanção. A desapropriação é um dos instrumentos mais incisivos de intervenção estatal na propriedade privada, é uma prerrogativa jurídico-administrativa de um poder exercido para os interesses da coletividade. Constata-se que o Estado intercede e se impõe sobre o âmbito privado para resguardar direitos sociais e forçar o indivíduo a cumprir a devida função social da propriedade.

Fábio Konder Comparato, em sua obra *Estado, Empresa e Função Social*, destaca que a função jurídica pode ser entendida como atividade dirigida a uma finalidade e imputação de um poder ou competência ao agente. Ressalta que o objetivo perseguido pelo agente nunca é pautado no próprio interesse, mas sempre em interesse alheio. E ainda:

O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um **poder-dever**; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na **acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido.**⁶⁴ (grifei)

A primeira vez que a noção de função social da propriedade foi suscitada foi na Constituição de Weimar de 1919 que estabelecia em seu artigo 153, última alínea, em tradução livre: "A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum". No mesmo sentido, a Carta de 1947 da Itália também dispunha a certas restrições

63 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220

64 COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, empresa e função social. Direito Empresarial**, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42

quanto ao uso dos bens próprios, pautado na função social. Posteriormente, na Constituição espanhola de 1978 também foram utilizados os termos “função social da propriedade privada”, que estabeleceu restrições legais ao seu uso.

Na Constituição Federal de 1988, imperioso ressaltar que o termo “propriedade” pode constituir institutos jurídicos diferentes, à luz do artigo 5º ou artigo 170. Quanto ao analisado anteriormente, a propriedade entende-se como imóvel, entretanto, o artigo 170 parece dar ao termo propriedade um sentido de “conjunto de bens”, sem uma determinação específica. Assim, a função social da propriedade deve responder à devida função social que lhe corresponde. Na lição de Eros Grau:

A propriedade, afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no art. 5º, no inciso XXII do art. 5º e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da multiplicidade da propriedade.⁶⁵

No caso do princípio da função social da propriedade inserido no artigo 170 que estabelece a ordem econômica, podemos interpretar, além da concepção mais tradicional já examinada, de que se trata da propriedade dos bens de produção. Fábio Konder Comparato, em seu estudo sobre função social da propriedade dos bens de produção, leciona:

65 GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 241

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de **função**, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, **o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro.** Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um **poder-dever do proprietário**, sancionável pela ordem jurídica. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em **poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos**.⁶⁶ (grifei)

Assim, a função social da propriedade do artigo 170 não se trata somente de dar a alguma propriedade sua função social, mas de realizar atividades empresariais tendo como princípio sua devida função social – ou seja, tendo como princípio a função social da empresa. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa aborda com exímio a questão de maneira atualizada:

O termo “**propriedade**”, no caso, deve ser empregado de forma abrangente, incluindo-se neles os **bens materiais e imateriais** utilizados pelo empresário para o exercício de sua atividade, na busca do lucro. A **desmaterialização progressiva do conceito de “propriedade”**, cada vez maior, alcançou recentemente um ponto antes impossível de ser imaginado, quando se verifica que as empresas da chamada “nova tecnologia” praticamente não possuem

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6088820/mod_resource/content/1/COMPARATO%20-%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20%28bens%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o%29.pdf>> Acesso em 19.jun.2022.

ativos materiais significativos. **Seu valor é de forma quase total correspondente a um bem absolutamente intangível.**⁶⁷ (grifei)

Com isto posto, é possível compreender que a função social da propriedade do inciso III do artigo 170 da Constituição Federal engloba, além da visão mais tradicional de propriedade do artigo 5º, a própria função social da empresa. A redação do dispositivo é herdada do início da década de 60, em que as práticas empresariais eram, em maioria, baseadas na agricultura.

Laureano F. Gutiérrez Falla ensina que a atividade econômica é determinada por fatores dinâmicos – coordenação e organização profissional – e fatores estáticos – estabelecimento e sua forma de execução, sendo que estabelecimento é composto por bens corpóreos e incorpóreos.⁶⁸

A propriedade de bens de produção, sejam corpóreos ou incorpóreos, é que deve seguir a função social.

Atualmente, algumas empresas são totalmente virtuais, sem qualquer vínculo à imóvel ou exploração direta à imóvel. Isto não significa que elas não devem respeitar a função social da propriedade, mas que a propriedade delas é imaterial, e sua função social é diferente. Por esta razão que a melhor leitura do dispositivo é de “função social da empresa” está inserida na “função social da propriedade”.

4.Princípio da função social da empresa

Um outro aspecto importante do surgimento da função social da empresa é a globalização e o nascimento das multinacionais globalizadas. A empresa, dentro dessa nova realidade, é tão responsável quanto o Estado pelos interesses difusos e coletivos. A atividade empresarial não pode buscar incessantemente o mercado e o lucro utilizando de quaisquer meios sem se preocupar, por exemplo, com o meio ambiente e a valorização do trabalho humano. Como a estrutura e a relevância das empresas se intensificaram, deve existir uma preocupação em resguardar direitos civis.

⁶⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral – direito comercial e atividades empresariais mercantis/introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181-182.

⁶⁸ FALLA, Laureano F. Gutiérrez. **Derecho Mercantil-la empresa**. Buenos Aires: Astrea, 1985, p.23.

As grandes empresas com capital aberto podem ser comparadas a Estados na responsabilização de interesses sociais, no tocante que, com a rápida expansão do *private equity*, houve a facilitação de acesso à propriedade acionária pelo público geral. Essas empresas, com seu caráter marcadamente institucional e com o capital aberto, são “quase públicas”. Fabio Konder Comparato ensina:

No que tange, porém, à macrocompanhia de capital aberto, isto é impossível. Além dos interesses dos acionistas, que já não são homogêneos, deve aduzir-se o dos empregados e colaboradores da empresa, o da comunidade em que atua e o próprio interesse nacional, por vezes.⁶⁹

Toda macrocompanhia tende, por si mesma, a assumir poderes e responsabilidade de direito público.⁷⁰

Pela legislação correlata e estudo doutrinário, há a aparente incidência da função social da empresa apenas em empresas de grande porte. Porém, as sociedades limitadas e os empresários individuais também devem atender tal princípio. “Empresário se é; empresa se exerce; e estabelecimento se possui”⁷¹, portanto, à luz do artigo 966 do Código Civil, se é realizada atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, é empresário, que exerce empresa e deve cumprimento ao artigo 170 da Constituição Federal. Por óbvio, as responsabilidades são proporcionais, uma megaempresa tem mais obrigações sociais do que um pequeno estabelecimento “de bairro”.

Como a função social da empresa é um desdobramento da função social da propriedade, que advém do conceito de propriedade de bens de produção, ainda não existe um conceito unânime do que seria essa modalidade de função social. Em quais áreas e em até qual dimensão a empresa deve levar em consideração o interesse social? Calixto Salomão Filho ensina:

69 COMPARATO, Fabio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 5ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 394-395

70 COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 60-61.

71 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral – direito comercial e atividades empresariais mercantis/introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais**. 4ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181

A ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. **Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.** Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.⁷²

A princípio, é necessário que se reconheça que não existe uma limitação de áreas que a função social da empresa deve resguardar. O direito deve sempre caminhar junto com as constantes mudanças sociais e econômicas.

Contudo, algumas áreas são claras que devem ser protegidas, tomando como base o próprio artigo 170 da Constituição Federal: o direito do consumidor (inciso V) e o direito ambiental (inciso VI), junto com a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais (incisos VII e VIII). No próprio caput do referido artigo também são ressaltados o respeito ao direito do trabalho, no tocante à valorização do trabalho humano, e a dignidade da pessoa humana, quando dispõe que “tem por fim assegurar a todos existência digna”.

A prospecção do princípio é ampla, o que pode incorrer em sua desobediência. Por isso, Fabio Konder Comparato ressalva:

É, precisamente, nesse setor que o chamado direito econômico, a meio caminho entre o direito comercial e o administrativo tradicionais, deve desenvolver-se daqui por diante, fazendo atuar

72 SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário. Eficácia e Sustentabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2019.

mecanismos próprios de respeito a essa função social das empresas.⁷³

Assim, exige-se que a empresa respeite normas ambientais, do consumidor e trabalhistas, bem como, indo além (tendo em vista os princípios da dignidade e da solidariedade), tenha um diálogo mais aberto com os seus stakeholders.

5. Função social da empresa no ordenamento jurídico

Inconteste que a função social da empresa existe no nosso ordenamento jurídico. Não obstante existem discussões a respeito do artigo 170, inciso III da Constituição ser uma norma programática (voltada ao legislador e não aos cidadãos) e apesar de a Constituição Federal de 1988 não dispor expressamente sobre a “função social da empresa”, algumas legislações esparsas estabelecem explicitamente esse princípio. Ou seja, existe eficácia prática.

A expressão “função social” quando diretamente referida às empresas e à atividade econômica é encontrada na Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Lei nº 11.101/2005, no seu artigo 47, *ipsis litteris*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. 74 (grifei)

Também se encontram os termos expressos na Lei das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404/1976, em seu artigo 116, parágrafo único e artigo 154:

73 COMPARATO, Fabio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na Sociedade Anônima.** 5ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 396

74 BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em <<[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1137 de 11/02/2023 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.101&text=LEI%20N%C2%BA%2011.101%2C%20DE%209%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202005.&text=Regula%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%2C%20a,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.&text=Art.>> Acesso em 19.jun.2022.</p></div><div data-bbox=)

Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua **função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do **bem público** e da **função social da empresa**.⁷⁵ (grifei)

Segundo leitura combinada dos dispositivos acima, infere-se que o empresário tem obrigações internas e externas. Dentro da empresa, existem deveres com acionistas, administradores, conselheiros, colaboradores e empregados. Quanto ao âmbito externo, obrigações com, por exemplo, fornecedores, fisco, credores e, principalmente, com a comunidade.

A Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016, limitou com maior detalhamento o que seria função social da empresa, conforme seu artigo 27:

Art. 27. A **empresa pública e a sociedade mista** terão a **função social** de realização do **interesse coletivo** ou de atendimento a imperativo da **segurança nacional** expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

75 BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm> > Acesso em 19.jun.2022.

I – ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II – desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.⁷⁶

Outros dispositivos que podem integrar o conceito de função social da empresa são os prescritos no Título V – Dos contratos em geral do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da **função social do contrato** (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa-fé**.⁷⁷

76 BRASIL. **Lei nº 13.303/2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Brasília, 2016. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>> Acesso em 22.jun.2022.

77 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, 2002. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>> Acesso em 22.jun.2022.

Existe uma relação íntima entre a boa-fé, função social do contrato e a função social da empresa. O empresário deve ter uma conduta leal e diligente e ser pautado pela boa-fé e função social do contrato em negócios jurídicos empresariais.⁷⁸ Como Maria Helena Diniz ensina:

A boa-fé objetiva deve ser tida como o modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhora da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de eficiência.⁷⁹

Recentemente, a Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, tentou regulamentar a ordem econômica e a atuação do Estado como agente normativo e regulador. Em especial, o artigo 3º, inciso V destacou a função social e a presunção da boa-fé e sedimentou que é direito de toda pessoa, natural ou jurídica, que desempenha atividade econômica:

V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;⁸⁰

Ou seja, esse dispositivo já pressupõe que as empresas – ou até mesmo pessoas naturais que desempenhem atividade econômica – atendem sua função social. A boa-fé na interpretação do direito decorre diretamente do fato que essas pessoas jurídicas não só buscam o lucro sem qualquer respeito social, mas que devidamente seguem o regramento do artigo 170 da Constituição.

78 Conforme Enunciado 29 do Conselho da Justiça Federal da I Jornada de Direito Comercial: "*Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais*". Disponível em << <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/54>>> Acesso em 22.jun.2022.

79 DINIZ. Maria Helena. **A importância da função social da empresa**. In Revista Jurídica, vol. 02, nº 51, Curitiba, 2018, p. 395

80 BRASIL. **Lei nº 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica**. Brasília, 2019. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>> Acesso em 22.jun.2022.

Com toda essa legislação correlata, é impossível se afirmar que o artigo 170 da Constituição é mera norma programática que está à espera de ser legislada. O dispositivo tem eficácia e é um princípio que deve ser perseguido por toda a atividade empresarial.

6. Conclusão

A função social da empresa, fundamentada na livre iniciativa, é fruto de uma evolução histórica com importante influência do direito estrangeiro e da ideia de Estado Social. As Constituições brasileiras, desde 1934, tendem a dar um viés social à iniciativa privada. Um marco importante foi o artigo 147 da Constituição Federal de 1946 que, dentro da sistemática da ordem econômica, procurou restringir o uso da propriedade ao bem-estar social. Essa redação seria o embrião do atual princípio da função social da empresa. Mais tarde, a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 157, instituiu a “função social da propriedade” como princípio da ordem econômica. Esse dispositivo foi uma verdadeira estrutura para a atual redação do artigo 170 da Constituição de 1988.

Um dos princípios da atual ordem econômica ainda é a “função social da propriedade”. Porém, a propriedade não pode ser entendida como “imóvel”, mas como “propriedade de bens de produção”, como bem ensinou Fábio Konder Comparato. O termo “propriedade” tem várias acepções e, à luz do artigo 170, deve ser entendida como propriedade de bens corpóreos ou não corpóreos, mas sempre que integrem a execução da atividade empresarial. Assim, a “função social da propriedade” engloba a chamada “função social da empresa”.

A “função social da empresa” é entendida como um poder-dever da empresa em buscar “a todos existência digna”, regramento imposto pelo Estado na Constituição Federal de 1988. Tal função tem efeitos diretos no âmbito trabalhista, ambiental, consumidor, governança corporativa, entre outros. Os princípios prescritos no artigo 170 devem nortear a atividade privada para que atenda a sua função social. Apesar de ser um conceito muito aberto, a função social da empresa tem como espírito a não agressão aos interesses coletivos frente aos interesses individuais e ao reconhecimento de que a empresa é, junto com o Estado, responsável por atender demandas sociais.

O artigo 170 da Constituição de 1988 não é uma mera norma programática, mas tem eficácia direta, já que a legislação ordinária, como a Lei de Recuperação e Falências e a Lei das Sociedades Anônimas dispõem expressamente sobre o atendimento da função social da empresa. Assim, fica claro que a função social da empresa não é mera ficção. As ações baseadas na função social da empresa não podem ser confundidas com filantropia,

modismo ou marketing ESG. É uma verdadeira obrigação constitucional da livre iniciativa que todas as empresas devem respeitar.

7. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>> Acesso em 19.jun.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>> Acesso em 20.jun.2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Brasília, 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>> Acesso em 19.jun.2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, 2002. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>> Acesso em 22.jun.2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Brasília, 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <<[BRASIL. **Lei nº 13.303/2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Brasília, 2016. Disponível em <<\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm\)>> Acesso em 22.jun.2022.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.101&text=LEI%20N%C2%BA%2011.101%2C%20DE%209%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202005.&text=Regula%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%2C%20a,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.&text=Art.>> Acesso em 19.jun.2022.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Lei nº 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.** Brasília, 2019. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>> Acesso em 22.jun.2022.

CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, empresa e função social. Direito Empresarial,** v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção.** Disponível em <<https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6088820/mod_resource/content/1/COMPARATO%20-%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20%28bens%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o%29.pdf>> Acesso em 19.jun.2022.

COMPARATO, Fabio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na Sociedade Anônima.** 5ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

DINIZ, Maria Helena. **A importância da função social da empresa.** In Revista Jurídica, vol. 02, nº 51, Curitiba, 2018, p. 395

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALLA, Laureano F. Gutiérrez. **Derecho Mercantil-la empresa.** Buenos Aires: Astrea, 1985

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** São Paulo: Malheiros, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 22ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário. Eficácia e Sustentabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial: teoria geral – direito comercial e atividades empresariais mercantis/introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais.** 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENS LEGIS. O ESPÍRITO DO LEGISLADOR

MOACIR LEOPOLDO HAESER,
Desembargador aposentado e
advogado, ex-professor da Escola
Superior da Magistratura e da
Faculdade de Direito da UNISC.

Acredita-se que ao legislador incumbe aprovar as leis que a todos vinculam e ao juiz somente aplicá-las com imparcialidade.

Como explicar, então, tanto divergência de decisões?

Ao julgar o juiz vê-se frente a um caso concreto. Dificilmente as peculiaridades do caso foram previstas pelo legislador. Além disso, muitos anos se passaram entre a promulgação de uma lei e sua aplicação pelo juiz. O mundo é outro, os costumes são outros, a ciência progrediu. O legislador nunca ouviu falar em internet, whats app, facebook, instagram, twitter ou celular. O juiz não pode deixar de julgar por não haver previsão legal.

É inegável que o conhecimento, a experiência, a formação e até a ideologia influenciam a decisão do juiz. Perguntava a meus alunos por que eram colorados... ou gremistas? Há coisas que não se explicam... e não mudam.

Na interpretação da lei, para solucionar um caso concreto, consciente ou inconscientemente o juiz utiliza artifícios de linguagem para justificar e convencer do acerto de sua decisão.

Não existem palavras vazias na lei... Deve o juiz extrair-lhe o exato sentido para bem aplicar a norma...

Se a norma traz palavras aparentemente conflitantes com o resto do texto, deve o intérprete afastá-las...

Cada norma, cada artigo de lei deve ser valorizado pelo intérprete a quem cumpre buscar seu exato sentido...

A norma não pode ser interpretada isoladamente. Cumpre ao julgador harmonizá-la com o sistema jurídico. Se verificar que a norma conflita com o restante do arcabouço jurídico, deve afastá-la, considerando-a não escrita...

Na aplicação da lei deve o intérprete buscar a *mens legis*, o significado do texto jurídico ou o *espírito da lei*. Pode coincidir, ou não, com a intenção do legislador. Sabe-se como as leis são aprovadas... quem está a favor fique como está. Aprovada.

Em grande parte das vezes a má redação, ou má compreensão do tema pelos legisladores, acaba redundando em alterações não desejadas. Busca-se a *mens legislatoris*, a intenção do legislador ao criar uma nova norma legal. No entanto, muitas vezes ocorrem reflexos em outras normas com alterações absolutamente imprevistas.

Outras vezes invoca-se o brocardo jurídico *in claris cessat interpretativo*. A norma é interpretada por sua literalidade e clareza para garantir os valores protegidos ou o alcance pretendido. Sabe-se, no entanto, que a interpretação literal é a mais pobre das interpretações. E o que é claro para mim, pode não ser claro para os outros.

Poderíamos falar ainda na Interpretação literal, gramatical, lógica, sociológica, sistemática, teleológica, axiológica, ampliativa, restritiva, construtiva e histórico-evolutiva. Aplicar a norma buscando as fontes autênticas, doutrinárias ou judiciais. Qual a melhor interpretação? A que o próprio legislador define, a que a doutrina ensina ou a que o juiz interpreta formando jurisprudência? Já ouvi isso mais de uma vez em tribunais superiores: a lei diz o que eu digo que diz...

Não se pode esquecer, ainda, que a lei ordinária deve harmonizar-se com a norma constitucional, sendo afastada caso colidente.

O sistema judiciário foi organizado de forma a admitir recursos contra decisões equivocadas, arbitrárias ou ilegais. Nos tribunais estaduais esgota-se o exame das provas. Admite-se recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça no caso de negativa de vigência lei federal ou dissídio pretoriano. Isso ocorre quando um tribunal decide a mesma questão de forma diversa de outro tribunal estadual ou do próprio STJ. Difícil, no entanto, demonstrar a similitude com a questão objeto do recurso, porquanto cada um tem suas nuances.

Por fim, ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da constituição, cumpre harmonizar a lei ordinária com a carta magna, concedendo, em última instância, a verdadeira justiça ao cidadão que nomeou o constituinte. Não lhe cabe afastar, nem criar normas, usurpando o poder legislativo, muito menos exorbitar dos poderes de que é investido pois o juiz deve julgar como “um bom pai de família”.

Enquanto isso, embora tenha muitas vezes ouvido essa expressão, até hoje estou procurando esse famoso “espírito do legislador...”

A EVOLUÇÃO DA LEI 11.340/2006 E OS SEUS REFLEXOS NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL.

INDIRA ESSENIA BEZERRA VILA NOVA:
Graduanda de Direito. Faculdade Estácio de Sá⁸¹.

RESUMO: A Lei nº 11.340/2006 foi criada no ano de 2006 após a repercussão internacional da violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, mulher brasileira agredida por seu ex-marido. Após o emblemático caso, a lei foi criada com o objetivo de conceituar a violência doméstica contra a mulher, e de ditar regras, princípios e diretrizes às administrações dos entes federativos a fim de instruí-las a combaterem os crimes cometidos nesse contexto. Ocorre que, com o passar dos anos e com o crescimento de casos envolvendo esse tipo de violência, a norma vem passando por uma série de alterações a fim de reprimir com severidade aqueles que cometerem tais delitos, assim como uma série de outras normas brasileiras que também vêm sendo alteradas para atingir tal objetivo. Ocorre que, em que pese ser notório o quanto a legislação brasileira, como um todo, vem avançando nesse sentido, observa-se que a maior parte dessas alterações se restringem a medidas repressivas, voltadas à punição dos agressores em momento posterior ao crime, depois de ele já ter acontecido. Assim, surge o questionamento: o que tem sido feito para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil e evitar que tais crimes ocorram?

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência doméstica. Mulher.

ABSTRACT: Law nº 11.340/2006 was created in 2006 after the international repercussion of the violence suffered by Maria da Penha Maia Fernandes, a Brazilian woman attacked by her ex-husband. After the emblematic case, the law was created with the aim of conceptualizing domestic violence against women, and dictating rules, principles and guidelines to the administrations of federal entities in order to instruct them to combat the crimes committed in this context. It so happens that, over the years and with the growth of cases involving this type of violence, the norm has undergone a series of changes in order to severely repress those who commit such crimes, as well as a series of other Brazilian norms that are also being changed to achieve this objective. It so happens that, despite being notorious how much Brazilian legislation, as a whole, has been advancing in this direction, it is observed that most of these changes are restricted to repressive measures, aimed at punishing the aggressors after the crime, after that it already happened. Thus, the question arises: what has been done to prevent domestic and family violence against women in Brazil and prevent such crimes from occurring?

81 Contato: indirabezerra123@gmail.com

Keywords: Maria da Penha Law. Domestic violence. Women.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, as mulheres lutam por igualdade. Tal direito já é, há muito, constitucionalmente garantido e possui status de direito fundamental⁸².

No entanto, apesar de, do ponto de vista jurídico, serem detentoras de direitos igualmente aos homens, ainda assim, as mulheres historicamente sofrem com as mais diversas formas de discriminação.

No desenvolvimento desta obra, busca-se evidenciar inicialmente o conceito de violência de gênero, as peculiaridades desse tipo de violência e o fato de a violência contra a mulher ser, atualmente, enquadrada justamente como uma espécie de violência de gênero.

Em um segundo momento, conta-se uma breve história sobre quem foi Maria da Penha e sobre as origens da lei 11.340/2006.

Já nos tópicos 2.4, 2.5 e 2.6 desta obra, demonstra-se as alterações que vêm sendo realizadas na lei Maria da Penha e em outras normas brasileiras, tais como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

No capítulo 3 (três), por sua vez, evidencia-se que, para além das alterações sofridas pela legislação brasileira, a jurisprudência dos tribunais superiores também tem acompanhado tais mudanças, por meio de decisões inéditas com o fito de dar efetividade ao combate à violência contra a mulher.

No capítulo quarto, intitulado “da necessidade de implementação de medidas preventivas e de fiscalização aos casos envolvendo violência doméstica no ordenamento jurídico brasileiro”, faz-se uma reflexão sobre todas as alterações retratadas ao longo do trabalho e conclui-se que, em sua maioria, tais modificações se exteriorizam como medidas repressivas, ou seja, aquelas voltadas para “punir” os autores de tais tipos de crime; medidas voltadas para o momento posterior à ocorrência do crime. Pouco se tem feito para evitar que tais delitos ocorram, para prevenir tais condutas violentas.

Por fim, nas considerações finais, fala-se justamente sobre a necessidade de aliar as medidas repressivas às medidas preventivas, uma vez que, se isso não fosse necessário, os

⁸² Art. 5º da Constituição: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

índices de segurança pública demonstrariam uma queda significativa no que se refere a tais crimes.

Sendo assim, conclui-se que, para dar efetividade ao objetivo contido no artigo 1º da lei 11.340/2006, ou seja, “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, faz-se necessário sim aliar a prevenção à repressão, com solidez, clareza e cooperação entre as gestões públicas de todo o país.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O QUE É VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER? DE ONDE ELA VEM?

Quando se trata do termo “violência”, por vezes, ele é entendido como sendo o mero emprego de força física contra outra pessoa.

Em seu sentido mais amplo, a violência abrange, além do uso da força física, também o constrangimento psicológico ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano⁸³.

Ocorre que a violência contra a mulher, por outro lado, atualmente é vista como uma espécie de **violência de gênero, trazendo uma série de particularidades**.

A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas utilizaram-se da categoria “gênero” para demonstrar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos social, cultural e historicamente, e criaram dois polos distintos: de dominação e submissão.

Em outras palavras, “impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes”⁸⁴.

Sendo assim, o gênero definitivamente não pode ser confundido com sexo. Enquanto o sexo diz respeito a questões meramente biológicas de homens e mulheres, o gênero aborda diferenças socioculturais existentes entre os sexos masculino e feminino, que se traduzem em desigualdades econômicas e políticas, colocando as mulheres em

⁸³ TELES, Maria Amélia de Almeida; DE MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher?** Brasília: Brasiliense, 2002.

⁸⁴ *Ibidem*.

posição inferior à dos homens nas diferentes áreas da vida humana e que acabam, por vezes, culminando em atos de violência.

O estudo das ciências humanas, com o uso da categoria gênero, não só tem revelado a situação desigual entre mulheres e homens, como também tem mostrado que a desigualdade não é natural e pode, portanto, ser transformada em igualdade, promovendo relações democráticas entre os sexos.

Conforme já supramencionado, o conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, **consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia**, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.

Uma pesquisa feita pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, a violência de gênero é concebida como resultado “das motivações que hegemonicamente levam sujeitos a interagirem em contextos marcados por e pela violência”.

O trabalho ressalta ainda que “a prática da violência doméstica e sexual emerge nas situações em que uma ou ambas as partes envolvidas em um relacionamento não ‘cumprem’ os papéis e funções de gênero imaginadas como ‘naturais’ pelo parceiro. Não se comportam, portanto, de acordo com as expectativas e investimentos do parceiro, ou qualquer outro ator envolvido na relação”.⁸⁵

Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres.

⁸⁵ Pesquisa Nacional sobre as Condições de Funcionamento das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres, realizada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher em parceria com a Secretaria Nacional de Segurança Pública, sistematizou informações do atendimento referentes ao ano de 1999, no território nacional, em 267 delegacias de mulheres. (CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Jusbrasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos/5>. Acesso em: 04 dez. 2022).

O Brasil, assim como, diversos outros países, é um país que possui raízes patriarcais. Como se sabe, no passado, o Brasil foi colonizado por Portugal e vários outros países europeus.

Por consequência, teve a sua população submetida àqueles povos por muitos anos, sendo comum que tenha incorporado à sua história e cultura diversos aspectos, costumes e preceitos da cultura daqueles países.

É justamente nesse contexto que diversas áreas do saber buscam explicar as raízes dessa violência tão específica que assola o país e o mundo inteiro, as motivações que sondam essa divergência entre homens e mulheres, que se refletem em condutas discriminatórias.

Discriminação essa que, por vezes, se reflete de forma tão severa sobre as mulheres, que a fazem vítimas em potencial das mais diversas formas de violência. Nesse sentido, discorre Safiotti:

“A desigualdade, longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais. Nas relações entre homens e entre mulheres, a desigualdade de gênero não é dada, mas pode ser construída, e o é, com frequência”.⁸⁶

Ocorre que, para além dos debates acerca das raízes da violência contra as mulheres, do “porquê” essa espécie de violência é tão presente na sociedade atual, o fato é que o Brasil é o 5º país no ranking mundial de feminicídios, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS)⁸⁷.

Em 2021, foram mais de 1.300 (um mil e trezentos) casos registrados no país. Como se não bastasse, conforme dados fornecidos pelo 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, trinta mulheres sofrem agressão física por hora; uma mulher é vítima de estupro a cada 10 minutos; três mulheres são vítimas de feminicídio a cada um dia e, ainda, uma

⁸⁶ SAFFIOTTI, Heleieth Iara. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Revista Labrys** 2002 jul/dez. Disponível em: http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2/heleieth1.html. Acesso em: 04 dez. 2022.

⁸⁷ Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: [https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20taxa%20de,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20\(OMS\)](https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20taxa%20de,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS)). Acesso em: 04 dez. 2022.

travesti ou mulher trans é assassinada no país a cada dois dias. Além disso, 90% das mulheres também declaram ter medo de violência sexual⁸⁸.

É justamente devido a esse cenário alarmante que a lei 11.340/2006, popularmente conhecida como “Maria da Penha”, e vários outros diplomas legais brasileiros, vêm sofrendo uma série de alterações. Tais alterações têm, entre outros fins, o de garantir às mulheres vítimas dessa espécie de violência mais segurança e aos órgãos públicos envolvidos no combate a crimes envolvendo essa espécie de violência mais respaldo jurídico no enfrentamento da situação.

A partir disso, surge então o que se acredita ser o maior dos questionamentos envolvendo tema: **o que pode ser feito, e o que tem sido feito, de fato, para reverter esse cenário?**

2.2 QUEM FOI MARIA DA PENHA?

Maria da Penha Fernandes é uma brasileira que, assim como muitas outras, reiteradamente denunciou as agressões que sofreu de seu marido à época em que eram um casal.

Na primeira vez que o seu marido tentou matá-la, foi em maio do ano de 1983. À ocasião, o homem simulou um assalto com a própria espingarda enquanto Maria da Penha dormia. Por consequência do ato criminoso, Maria da Penha ficou paraplégica.

Após o triste episódio, muitas foram as outras investidas do agressor contra Maria da Penha. Em uma delas, tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho com uma descarga elétrica.

O que gerou repercussão e visibilidade ao caso, semelhante a muitos que acontecem no Brasil, foi que, mesmo com a inércia da justiça brasileira, Maria da Penha não se calou: escreveu um livro⁸⁹, uniu-se ao movimento de mulheres e não perdeu uma oportunidade de demonstrar a sua indignação face a toda a tragédia que sofreu.

A denúncia contra Marco Antônio Heredia Viveros, ex-marido e agressor de Maria da Penha, foi recebida apenas em junho do ano de 1984.

⁸⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

⁸⁹ FERNANDES, Maria da Penha Fernandes. **Sobrevivi, posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

Após a condenação pelo Tribunal de Júri de Fortaleza/CE, onde os fatos ocorreram, Marco Antônio recorreu em liberdade e ainda teve o seu julgamento anulado, vindo a ser condenado novamente apenas no ano de 1996, momento em que foi condenado a dez anos e seis meses de reclusão.

Mais uma vez, recorreu em liberdade, e somente após quase vinte anos dos fatos, é que Marco Antônio veio a ser efetivamente preso pelos crimes que cometeu, em 2002. Desses quase vinte anos, Marco Antônio cumpriu, preso, apenas dois anos de prisão.

A história de Maria da Penha ganhou tanta repercussão que o CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) formalizaram denúncia contra o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por quatro vezes, a Comissão solicitou informações ao Brasil sobre o caso, mas nunca obteve resposta.

Em face da inércia brasileira, finalmente, o Brasil foi condenado internacionalmente face a omissão perante o caso no ano de 2001 e iniciava-se aí uma nova era para as mulheres brasileiras⁹⁰.

2.3 O SURGIMENTO DA LEI 11.340/2006: A LEI MARIA DA PENHA.

A Lei Maria da Penha entrou em vigor em setembro do ano de 2006, justamente em homenagem àquela que, anos antes, fora vítima de agressões tão brutais.

Até o advento da referida lei, a violência doméstica contra a mulher não chamava tanto a atenção: nem do legislativo, nem da população e muito menos do judiciário.

Justamente devido à herança cultural patriarcal brasileira, situações ocorridas no âmbito doméstico, inclusive crimes, dificilmente sofriam interferência de terceiros. É o famoso ditado popular que prospera até os dias atuais: "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher".

Antes da Maria da Penha, não existiam juizados especializados nestes casos, tampouco delegacias ou outros órgãos direcionados ao atendimento psicossocial e primeiros socorros para as vítimas desse tipo de violência.

⁹⁰ Há doze anos o Brasil criou a lei Maria da Penha. Falta investir em prevenção. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** (sítio eletrônico). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/noticia/16901/H%C3%A1+12+anos+o+Brasil+criou+a+Lei+Maria+da+Penha.+Falta+investir+na+preven%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 04 dez. 2022.

Justamente devido ao cenário revolucionário trazido pela lei, a ONU já considerou-a como sendo a terceira melhor lei do mundo de enfrentamento à violência contra a mulher⁹¹.

Na realidade, a maioria dos casos que envolviam violência doméstica contra a mulher, antes do vigor da lei 11.340/2006, iam parar nos juizados especiais criminais, previstos pela própria constituição federal⁹².

Como se sabe, os juizados especiais criminais (JECRIM), instituídos pela lei 9099/95, são responsáveis por julgar contravenções penais e infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja pena máxima não ultrapassa dois anos.

Assim, casos de lesões leves praticadas contra mulheres em contexto de violência doméstica, que, segundo o código penal, preveem uma pena de no máximo 01 (um) ano de detenção⁹³, eram direcionados a estes Juizados.

Ocorre que a lei 9099/95 tem a função justamente de “desafogar” o judiciário comum, responsabilizando-se pelo julgamento de infrações consideradas “menos graves” ou “menos reprováveis” perante a sociedade. Era assim delitos dessa espécie eram vistos.

Segundo o artigo científico de Roberta Azzan Gadelha Pinheiro, esse modelo de justiça célere visa à conciliação ou transação, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a descaracterização “através da aplicação das medidas despenalizadoras que tem como fim a extinção da punibilidade”.⁹⁴

⁹¹ Os avanços e os desafios da lei Maria da Penha. **Câmara dos Deputados** (sítio eletrônico). Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/413523-os-avancos-e-os-desafios-da-lei-maria-da-penha/#:~:text=Considerada%20pela%20ONU%20a%20terceira,entaves%20para%20ser%20cumprida%20integralmente>. Acesso em: 04 dez. 2022.

⁹² Art. 98 da Constituição. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁹³ Art. 129 do Código Penal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: pena - detenção, de três meses a um ano.

⁹⁴ PINHEIRO, Roberta Azzan Gadelha. As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais. **Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RobertaAzzamGadelhaPinheiro.pdf. Acesso em: 04 dez. 2022.

Segundo Luiz Flávio Gomes, *“São **medidas despenalizadoras** porque uma vez concretizadas (ou na ausência, no caso da representação) afastam a punibilidade do acusado”*⁹⁵.

Tais medidas despenalizadoras são: o acordo de composição civil dos danos, previsto no art. 74 da lei 9.099/95, a transação penal, prevista no art. 76 da mesma lei e a suspensão condicional do processo ou *sursis* processual, com fulcro no art. 89 também da lei dos juizados especiais.

Com relação ao acordo de composição civil dos danos, nada mais é do que um acordo de natureza civil entre vítima e autor de fato. Quando homologado pelo Juiz e cumprido pelas partes, atinge-se a pretensão punitiva estatal.

A transação penal, por outro lado, é uma medida que se materializa entre o autor do fato e o Ministério Público e, assim como a composição dos danos, é uma medida que se materializa antes da realização do processo, ou seja, antes de recebida a denúncia.

Por fim, a suspensão condicional do processo ou *sursis* processual, é uma medida que se materializa após o recebimento da denúncia, suspendendo o fluxo processual de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, em regra.

No decorrer do prazo do *sursis* processual, o Acusado é submetido a algumas obrigações, tais como reparação do dano e proibição de frequentar determinados lugares.

Tal medida se aplica às infrações que possuem **pena mínima de até 01 (um) ano**, podendo aplicar-se inclusive àquelas infrações cuja pena máxima ultrapassa 02 (dois) anos.

Ou seja, a explicação alhures acerca das medidas despenalizadoras serve para demonstrar que, antes da lei Maria da Penha e de outras leis que alteraram a legislação brasileira sobre os crimes cometidos no contexto de violência doméstica, os autores de tais crimes eram submetidos a **penalidades extremamente brandas**.

Ademais, quando não submetidos a penalidades propriamente ditas, se os autores se enquadrassem nas condições previstas na lei 9.099/95 e cumprissem os requisitos determinados pela referida lei, tinham suas punibilidades extintas e, como se diz popularmente, “voltavam a viver as suas vidas tranquilamente”, enquanto as vítimas, por vezes, eram condenadas a conviver com as sequelas das agressões sofridas.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras? **Revista Eletrônica Jusbrasil**. Disponível em <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras#:~:text=S%C3%A3o%20medidas%20despenalizadoras%20porque%20uma,crime%2C%20logo%20significa%20abolitio%20criminis>). Acesso em: 04 dez. 2022.

Assim, com o passar dos anos e com a crescente dos índices de criminalidade relacionados do tema, a lei 11.340/2006 surgiu, trazendo uma série de diretrizes que devem ser observadas e seguidas por toda a administração pública dos entes federativos.

Inicialmente, em sua redação original, a referida lei nada mais trazia do que diretrizes, mecanismos e conceitos básicos acerca do tema.

O artigo 5º da referida lei dispõe que “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” no âmbito de três contextos específicos⁹⁶.

Já em seu artigo 6º, a lei 11.340/2006 discrimina que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação de direitos humanos.

Observa-se que os trechos supramencionados conceituam de forma precisa o que seria violência doméstica e familiar contra a mulher, além de determinar que essa espécie de violência constitui uma violação aos direitos humanos, o que, sem dúvidas, constitui um marco na história do combate à violência doméstica.

Antes da Lei Maria da Penha nenhuma outra norma dispôs de forma tão precisa sobre o tema.

Ocorre que, com base na leitura dos dispositivos da lei, é possível observar a presença constante de normas de eficácia programática, ou seja, aquelas normas que veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais⁹⁷, mas que não possuem eficácia jurídica de não forem complementadas por outras normas.

Um exemplo delas está no artigo 3º da lei 11.340/2006, por exemplo, que afirma que serão asseguradas às mulheres uma série de direitos, tais como as condições

⁹⁶ Art. 5º da Lei n.º 11.340/06: 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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015). 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.

⁹⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

necessárias para o exercício da vida, moradia, alimentação, saúde, segurança, dentre outros⁹⁸.

No mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, afirma-se que caberá ao poder público desenvolver políticas que visem a garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁹⁹.

Ocorre que tais normas, sem a complementação mencionada alhures, não surtem efeitos práticos, pois não fixam prazos para que o poder público implemente tais programas, nem descrevem quais e como funcionarão esses programas, nem estabelecem punições para aqueles que não cumprirem tais programas, ou sequer designa órgãos públicos responsáveis fiscalizar o cumprimento de tudo o que a lei dispõe. Por isso que precisam ser complementadas para obter eficácia jurídica.

Assim, com o passar dos anos e com a crescente dos índices de violência doméstica, não foi difícil concluir que a lei precisaria passar por uma série de mudanças para que, finalmente, atingisse o fim pretendido: coibir efetivamente a violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.4 AS ALTERAÇÕES SOFRIDAS PELA LEI 11.340/2006 AO LONGO DOS ANOS

Conforme relatado alhures, a redação original da lei Maria da Penha basicamente trazia princípios, conceitos e diretrizes acerca do tema “violência doméstica”.

Recheada por normas programáticas que deixam “em aberto” a forma com que a administração pública trataria o tema, muito passou-se a questionar sobre a efetividade da referida lei sobre índices de criminalidade no contexto de violência doméstica, apesar de ser considerada uma das melhores leis de mundo no que se refere ao tema de violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁹⁸ Art. 3º da Lei n.º11.340/06: serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁹⁹ Art. 3º, § 1º, da Lei n.º11.340/06: O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desde que foi criada, a lei 11.340/2006 sempre previu medidas protetivas que obrigam o agressor, bem como medidas protetivas de urgência que protegem a ofendida¹⁰⁰.

No entanto, apenas no ano de 2018, ou seja, doze anos após o vigor da lei, é que criou-se uma norma que prevê, de fato, penalidade ou sanção àquele(a) que descumprir tais medidas. Vejamos:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Ou seja, até então, se algum(a) agressor(a) que tivesse deferida judicialmente contra si medida protetiva de urgência à ofendida e, porventura, descumprisse-a, não havia nenhum tipo de previsão legal que penalizasse o referido agressor por isso.

A referida alteração também pode ser vista como um grande avanço da lei na luta contra a violência doméstica.

As medidas protetivas de urgência, que possuem natureza jurídica de tutela jurisdicional, são concedidas, em regra, pelo magistrado, a pedido da ofendida, a requerimento do Ministério Público ou, ainda, por representação da autoridade policial, e possuem um prazo, conforme expressa previsão legal, de até 48 horas para serem

¹⁰⁰ Art. 18 da Lei n.º 11.340/06. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente; III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis; IV - determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor

solicitadas pelo Ministério Público ou Autoridade Policial, e mais 48 horas para serem deferidas ou não pela autoridade judicial competente.

Ou seja: ao todo, tinha-se um total de até 4 (quatro) dias em que a mulher, vítima de violência, ficava no aguardo da proteção do Estado e à mercê de quaisquer represálias que pudessem partir de seu agressor, e sem qualquer previsão de penalidade para o caso de o agressor descumpri-la(s).

Nesse sentido, Patrícia Muniz, agente de polícia da Delegacia Especializada de atendimento à mulher (DEAM) do Estado de Pernambuco, afirma que, dos mais de 450 casos registrados por mês sob o espólio de violência doméstica e familiar contra a mulher, grande parte ocorre justamente no período em que a mulher está aguardando o deferimento das medidas protetivas solicitadas.

“As medidas protetivas deveriam ser concedidas de imediato pela autoridade policial, independente de o juiz apreciar, pois, durante o longo período de apreciação, pode acontecer o pior para a mulher, e infelizmente é o que geralmente ocorre”, ressalta Patrícia.¹⁰¹

Assim, diante dos números absurdos que envolviam e envolvem o tema até hoje, a lei 13.641/2018 surgiu e criou o tipo penal de “descumprimento de medidas protetivas”, prevendo uma penalidade de detenção 03 (três) meses a 02 (dois) anos para aquele que cometê-lo.

A Lei 13.641/2018, apesar de prever uma pena muito branda para o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (três meses de detenção), autorizando o regime aberto, em alguns raríssimos casos — dada a quase concomitância das ações —, a condenação nesse tipo penal poderá importar no regime fechado se o agressor já tiver sido condenado pela violência doméstica com trânsito em julgado, caracterizando-se, assim, sua reincidência para fins do artigo 33, parágrafo 2º, “c”, do Código Penal, o que significa que o ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado cada vez mais para uma política mais severa de repressão a tais crimes.

¹⁰¹ VILA NOVA, Indira. O prazo, as prerrogativas para a concessão de medidas protetivas de urgência e os respectivos reflexos nos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-prazo-as-prerrogativas-para-a-concessao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-e-os-respectivos-reflexos-nos-indices-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

Outro ponto muito positivo da Lei 13.641/2018 foi o de consagrar definitivamente a possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelos juízos cíveis, notadamente o de família e infância e juventude¹⁰².

A Lei 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, em seu artigo 6º, prevê que “o menor tem direito a pleitear na Vara da Infância, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência, com aplicação à luz da Lei Maria da Penha (parágrafo único)”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já caminhava nesse sentido da possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelo juízo com competência cível. Há de se ver:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. ‘O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas’ (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

¹⁰² Art. 24-A da Lei n.º 11.340/06 (...) §1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas

3. Recurso especial não provido.¹⁰³

Outra alteração importante sofrida pela lei Maria da Penha foi a possibilidade de as Autoridades Policiais deferirem o afastamento imediato do agressor de seu lar quando verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes¹⁰⁴.

Antes da lei 13.827/2019, todas as medidas protetivas, inclusive a medida de afastamento do agressor do lar, só poderiam ser deferidas pela Autoridade Judicial competente.

Tal situação deixava o processo ainda mais moroso e burocratizado, enfraquecendo o objetivo da lei de coibir efetivamente a violência doméstica e inibir eventuais atos de violência supervenientes.

2.5 AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Sobre as alterações que a Lei 11.340/2006 vem sofrendo ao longo dos anos, Maria Berenice Dias, na obra “A lei Maria da Penha na Justiça”, dispõe o seguinte:

“A Lei Maria da Penha é um verdadeiro estatuto: criou um microssistema visando coibir a violência doméstica precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Nítido seu colorido de natureza criminal, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher no âmbito da família, na unidade doméstica, na unidade doméstica ou em qualquer relação íntima de afeto. Para atender aos seus propósitos, foram

¹⁰³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º1.419.421/GO. Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. **Diário de justiça eletrônico**, Brasília, 07 abr. 2014.

¹⁰⁴ Art. 12-C da Lei n.º11.340/06. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

introduzidas alterações no código penal, no código de processo penal e na lei de execução penal”.¹⁰⁵

No Código Penal, por exemplo, as mudanças foram extensas. A lei 13.104/2015 tomou grande repercussão à medida que criou um novo tipo penal que, assim como a lei Maria da Penha, revolucionou a política de enfrentamento à violência doméstica trazendo à tona um novo delito, chamado “Feminicídio”.

O Feminicídio, na verdade, nada mais é do que uma qualificadora do crime de Homicídio, previsto no art. 121 do diploma penal¹⁰⁶.

Assim, se o homicídio for cometido contra mulher por razões do sexo feminino, a pena passa a ser de doze a trinta anos.

Sobre o tema, a ONU Mulheres discorre em seu livro “Diretrizes Nacionais do Feminicídio”:

“No Brasil, na década de 1980, os homicídios de mulheres tornaram-se paradigmáticos da violência contra elas e bandeira de luta dos movimentos de mulheres e feministas. As primeiras denúncias voltaram-se contra a tolerância dos órgãos de justiça e da sociedade com crimes que envolviam casais, nomeados como ‘crimes passionais’ e cujos autores eram absolvidos com base no reconhecimento da “legítima defesa da honra” (CORRÊA, 1981 e 1983). Nos anos seguintes, e seguindo o movimento internacional, registrou-se significativa mudança na conscientização da sociedade sobre a gravidade dessas situações com crescente denúncia da violência contra as mulheres.² Em 2015, a segunda edição especial do Mapa da Violência sobre homicídios de mulheres (WAISELFISZ, 2015) apresentou o quantitativo dessas mortes para o intervalo de 1980-2013, quando foram registradas pouco mais de 106 mil mortes violentas de mulheres em todo o país. Em números absolutos, os registros passaram de 1.353 mortes no ano de 1980 para 4.762 em 2013, com um crescimento de 252% em todo o período”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁰⁶ Art. 121, § 2º, do Código Penal: Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos

¹⁰⁷ ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais do feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Casa da ONU, 2016.

Assim, diante dos números gritantes envolvendo o tema, a lei do feminicídio surgiu em um contexto quase que de “necessidade” de enfrentamento à violência desenfreada.

Outra alteração do Código Penal foi promovida pela própria lei 11.340/2006, vulgo Maria da H, e previu uma nova **agravante genérica** no art. 61, II, alínea f108.

A partir de então, seja qual for o delito em questão, quando cometido prevalecendo-se o autor das relações e coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher, a pena do autor será agravada.

Por sua vez, a lei 14.188/2021 também trouxe mais uma novidade, alterando o código penal e passando a prever uma nova **qualificadora** para o crime de lesões corporais.

Quando a lesão for cometida contra a mulher por razões do sexo feminino, a pena do crime será de 01 (um) a 04 (quatro) anos¹⁰⁹.

As mudanças não pararam por aí. Segundo o anuário brasileiro de segurança pública, entre os anos de 2019 e 2020, o Brasil registrou mais de 285.000 (duzentos e oitenta e cinco mil) ligações ao 190 denunciando práticas de delitos envolvendo violência doméstica¹¹⁰.

Ainda conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019/2020:

“(...) desde que a pandemia da Covid-19 foi decretada em diversos países ao redor do mundo, assistimos perplexos não apenas o aumento de casos de infecção pela doença, mas igualmente o crescimento de ocorrências de violência doméstica.

Milhares de mulheres que já experimentavam tão terrível situação em períodos anteriores, viram essa realidade agravar-se em razão do novo contexto gerado pelo regime de isolamento social, que embora eficaz do ponto de vista sanitário, impôs a elas um tipo de convívio

¹⁰⁸ Art. 61 do Código Penal: são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

¹⁰⁹ Art. 129, § 13, do Código Penal: Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

¹¹⁰ Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social.

muito mais intenso e duradouro junto a seu agressor, em geral seu parceiro.

O maior tempo vivido em casa aumentou também a carga do trabalho doméstico, o convívio com crianças, idosos e familiares e a ampliação da manipulação física e psicológica do agressor sobre a vítima, o que contribuiu para a eclosão de conflitos e para o acirramento de violências já existentes.

Apesar das medidas de isolamento social e quarentena serem adequadas e necessárias, as consequências perversas para milhares de mulheres que vivem em situação de violência no convívio domiciliar revelaram-se um indesejado efeito colateral”.¹¹¹

O Ligue 180 registrou em 2020 um aumento de 36% em casos de violência contra a mulher, bem como o aumento de 2,2% nos números de feminicídio, no mesmo período. Segundo a pesquisa “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19- 3ª ED”, elaborada pelo Fórum de Segurança Pública.

Assim, acompanhando essa realidade, outros delitos visando a coibir a prática desse tipo de violência também surgiram no ordenamento jurídico.

A lei 14.188/2021 inseriu no Código Penal o crime de “Violência Psicológica contra a Mulher”. Segundo o art. 147-B do Código Penal:

Violência psicológica contra a mulher (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

¹¹¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Segundo Luiza Nagib Eluf no artigo “Novo tipo penal: violência psicológica contra a mulher”, o crime em apreço surgiu das muitas tentativas dos juizados de enquadrar o ato criminoso nas situações de violência doméstica, sem sucesso, por ausência de previsão legal. Há de se ver:

“As Varas de Violência Doméstica (VD) muitas vezes tentavam aplicar essa modalidade de “ataques psicológicos” nos casos das desavenças entre casais, mas nem sempre logravam êxito, por falta de um tipo penal que detalhasse com segurança a conduta do acusado. Assim, extremamente importante a providência de, finalmente, definir o crime, sem mais delongas.

A nova norma teve origem no Projeto de Lei nº 741/2021, sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e apresentado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI). No Senado, a relatora da matéria foi a Senadora Rose de Freitas (MDB-ES). Além da tipificação detalhada da conduta, o texto também prevê o programa “Sinal Vermelho”, que consiste em um “X” pintado em vermelho na palma da mão da mulher ameaçada. Esse sinal é uma denúncia de que aquela pessoa está em perigo e precisa de socorro urgente”.

Nesse mesmo diapasão, a Professora Fabiana Leite ressalta o seguinte no artigo “Dia Internacional para a Eliminação da Violência Contra as Mulheres”:

“Infelizmente, existe uma violência muito recorrente nos lares mas que muitas vezes é invisível que é a agressão psicológica, porque numa sociedade machista o abuso emocional é quase sempre naturalizado, o que faz dificultar a percepção da vítima. Mas é preciso lembrar que a violência psicológica pode ser tão dolorosa quanto a sexual ou física, sendo ela o ponta pé inicial para outros tipos de violência. Por isso a importância das mulheres vítimas compreenderem todo os tipos e os ciclos de violência para que possam romper, cada vez mais cedo, com essa barreira, e assim alcançarmos redução no número de mulheres agredidas ou mortas”.

O crime de Perseguição foi outro tipo penal criado no mesmo contexto, e ainda agregou uma qualificadora específica sobre o tema.

Segundo o art. 147-A do Código Penal, configura o crime a conduta de “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”.

Outro ponto interessante é que a pena desse crime é aumentada de metade se cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino¹¹².

A nova lei é oriunda do Projeto de Lei 1.369/2019, de autoria da senadora Leila Barros (PSB-DF). A matéria foi aprovada em 9 de março como substitutivo da câmara dos deputados e teve relatoria do senador Rodrigo Cunha (PSDB-AL).

Leila destaca que o avanço das tecnologias e o uso em massa das redes sociais trouxeram novas formas de crimes, a perseguição é uma delas.

Ela acredita que o aperfeiçoamento do Código Penal era necessário para dar mais segurança às vítimas de um crime que muitas vezes começa on-line e migra para perseguição física. — “É um mal que deve ser combatido antes que a perseguição se transforme em algo ainda pior”, afirma Leila. (Fonte: Agência Senado)

Ante o exposto, resta demonstrado que o Código Penal tem sido demasiadamente alterado para acompanhar os avanços do ordenamento jurídico brasileiro no combate à violência doméstica e psicológica.

2.6 ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O Código de Processo Penal também sofreu algumas alterações. Uma delas, foi no artigo 313 inciso III¹¹³.

Segundo o dispositivo supramencionado, criou-se uma nova hipótese em que é cabível a prisão preventiva: se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, **para garantir a execução das medidas protetivas de urgência**.

¹¹² Art. 147-A, § 1º do Código Penal: a pena é aumentada de metade se o crime é cometido: II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

¹¹³ Art. 313 do Código de Processo Penal: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Essa alteração foi inserida pela lei 12.403/2011 e, segundo Maria Berenice Dias:

“a alteração é bem-vinda pois vem a atender às hipóteses em que a prisão em flagrante não é cabível. Cabe trazer o exemplo de Jayme Walmer de Freitas: o marido agride violentamente a esposa, que leva a *notitia criminis* à autoridade policial. O juiz, por sua vez, determina o seu afastamento do lar conjugal. Como a decisão é posterior ao fato criminoso, não se admite a custódia em flagrante. Igualmente, se o varão retornar, descumprindo a execução da protetiva de urgência, pode ser decretada a sua prisão preventiva”¹¹⁴.

Nesse sentido, no artigo “Prisão preventiva para garantia de medidas protetivas: (im)possibilidade de decretação direta Eduardo Luiz Santos Cabette afirma o seguinte:

“O dispositivo é criado como um mecanismo de eficácia das medidas protetivas de urgência, um instrumento de força para sua imposição e cumprimento efetivo. E essa força é necessária somente para os casos em que a preventiva não seja cabível diretamente, senão não haveria necessidade de recurso ao antigo inciso IV, atual inciso III do artigo 313, CPP, mas simplesmente, considerando o fundamento da ordem pública, dever-se-ia proceder ao decreto extremo com base no próprio artigo 312 c/c 313, I, CPP. É, portanto, nítido que o dispositivo se refere tão somente aos casos em que normalmente não caberia preventiva direta, tornando sua aplicação viável “para” a garantia das medidas protetivas previamente impostas e violadas pelo investigado ou réu”.

Já no que se refere à lei de execução penal, salutar a importância da alteração trazida pela lei 14.344/2022. Há de se ver:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça e a efetividade da lei 11.340/2006. Página 102.

recuperação e reeducação. (Redação dada pela Lei nº 14.344, de 2022)

Como é cediço, entre as penas restritivas de direito trazidas pelo Código Penal, está a pena de limitação do fim de semana (art. 43, VI do CP). Seu cumprimento consiste na obrigação de o Réu comparecer durante os fins de semana em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Como se sabe, segundo a lei penal, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos só cabe quando a pena do condenado é inferior a quatro anos e quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça¹¹⁵.

O tema tem atormentado a doutrina porque questiona-se se tal possibilidade seria cabível em sede de violência doméstica. Ocorre que a alteração alhures se refere especialmente aos casos de violência doméstica.

Sobre a alteração, afirma Maria Berenice Dias:

“A nova lei abriu uma exceção à regra da lei penal que impede sua aplicação quando existe violência ou grave ameaça. Assim, em sede de violência doméstica, aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual for a forma de violência perpetrada contra a vítima, não há como impedir a sua aplicação. (...) Assim, o condenado por delito doméstico é obrigado a participar de programas de acompanhamento psicossocial, enquanto os réus condenados pela prática de outros delitos não pode ser imposta a frequência a cursos e palestras. A imposição de medidas restritivas de direitos que leve o agressor a conscientizar-se de que é indevido o seu agir é a melhor maneira de enfrentar a violência doméstica”.¹¹⁶

Da mesma forma preceitua Guilherme de Souza Nucci:

“Imposta pena restritiva de direito, em sede de violência doméstica há possibilidade de obrigar o réu a comparecer a programas de recuperação e reeducação. Trata-se de previsão expressa na Lei Maria

¹¹⁵ Art. 44 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.106-7.

da Pena. Encontrando-se no contexto das medidas alternativas, descumprida a ordem judicial, a pena restritiva de direitos transforma-se em privativa de liberdade”.¹¹⁷

Assim, conforme a alteração na lei de execução penal supramencionada, o agressor terá de comparecer obrigatoriamente a programas de reeducação e recuperação quando sua pena privativa de liberdade for substituída pela restritiva de direitos de limitação de fim de semana.

Ante o exposto, resta demonstrado que a legislação brasileira tem passado por diversas alterações em diversos de seus diplomas legais a fim de garantir mais direitos e proteção às vítimas de violência doméstica.

3. JURISPRUDÊNCIA

Cumprido ressaltar que a jurisprudência também tem acompanhado os avanços na legislação.

Várias são as súmulas dos Tribunais Superiores que versam sobre o tema e respaldam as vítimas desse tipo de violência.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem uma série de entendimentos que corroboram com a política de “tolerância zero” no que tange aos crimes cometidos no contexto de violência doméstica contra a mulher.

Há de se ver o que dispõe a Súmula 588 do STJ:

A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Segundo o texto da súmula supramencionada, é incabível a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito quando a infração for cometida contra mulher no contexto de violência doméstica.

Perceba-se também que a súmula é muito clara quando menciona claramente que a prática de qualquer infração, seja ela crime ou contravenção penal, impede a referida substituição se cometida contra mulher no ambiente doméstico.

A Súmula 588 é uma clara exceção ao artigo 44 do Código Penal, que menciona requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.886.

que torna, mais uma vez, evidente que o judiciário brasileiro tem acompanhado a legislação no combate à violência doméstica.

Há algumas outras súmulas do STJ que também podem ser vistas como ferramentas importantes na repressão aos crimes cometidos no contexto de violência doméstica.

A súmula 536, por exemplo, veda expressamente a aplicabilidade dos institutos da Suspensão Condicional do Processo e da Transação Penal aos crimes sujeitos ao rito da Maria da Penha¹¹⁸.

A Súmula 589, por sua vez, veda o princípio da insignificância a quaisquer crimes ou contravenções cometidas contra a mulher no âmbito de violência doméstica¹¹⁹.

A Súmula 600, por sua vez, determina que não se exige coabitação entre autor e vítima para a configuração de violência doméstica e para a aplicabilidade da Maria da Penha¹²⁰.

Recentemente, outro grande avanço, no que se refere ao tema, foi a decisão da sexta turma do STJ, que entendeu ser plenamente aplicável a Maria da Penha aos casos em que as vítimas são mulheres transexuais.

O tema já vinha, há algum tempo, sendo discutido pela doutrina e jurisprudência, só que ainda não havia um consenso acerca disso.

Na decisão, o Exmo. Ministro Rogério Schietti esclarece que:

"Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias"¹²¹.

¹¹⁸ Súmula n.º 536 do STJ: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

¹¹⁹ Súmula n.º 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

¹²⁰ Súmula n.º 600 do STJ: Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

¹²¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.419.421/GO. Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. **Diário de justiça eletrônico**, Brasília, 07 abr. 2014.

O Supremo Tribunal Federal também tem permeado as suas decisões em consonância com o STJ, promovendo mais segurança jurídica, no que se refere ao tema, bem como mais proteção àquelas que são vítimas dessa espécie de violência.

Como é sabido, em regra, o crime de lesão corporal de natureza leve, é de ação penal pública condicionada¹²². Ou seja, para que ocorra a responsabilização criminal do(a) autor(a), é necessário que haja representação da vítima.

No entanto, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424/DF, entendeu que, se a lesão corporal for resultante de violência doméstica contra a mulher, independentemente da natureza da lesão, a ação será incondicionada. Vejamos:

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CASOS DE LESÃO CORPORAL
AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.¹²³

Outro entendimento do STF considerado paradigmático em relação ao tema de violência doméstica foi no julgamento da ADPF 779/DF.

Isso porque, muito provavelmente devido aos resquícios do patriarcado na sociedade brasileira, existia uma tese de defesa de que era legítimo o homicídio cometido por homem contra mulher, em “legítima defesa da própria honra” em casos de adultério ou traição.

O STF então, no julgamento da ADPF 779/DF, rechaçou completamente a referida tese, seja na fase pré-processual ou processual, devendo o autor(a) da referida conduta ser julgado pelo crime de feminicídio perante o Tribunal do Júri.

No julgado, a Egrégia Suprema Corte decidiu nos seguintes termos:

A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e

¹²² Art. 88 da Lei 9.099/95: além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

¹²³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4424 /DF. Relator: Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 out. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 04 dez. 2022.

o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.¹²⁴

Outro entendimento importante do STF foi no que se refere a aplicabilidade, ou não, da lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica.

No julgamento da ADC 19/DF, o STF decidiu que o artigo 41 da lei Maria da Penha, que afasta a aplicabilidade dos institutos despenalizadores da lei 9.099/95 aos casos cometidos no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, é plenamente constitucional e se encontra em consonância do com a Constituição Federal Brasileira¹²⁵.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que os tribunais superiores têm proferido decisões favoráveis àquelas vítimas de violência doméstica, em consonância com os avanços da legislação brasileira, possibilitando ao poder público conferir a essas vítimas mais segurança e descrença na impunidade dos agressores.

No entanto, apesar de todas essas mudanças na legislação e também na jurisprudência dos tribunais brasileiros no tocante à violência doméstica, é possível concluir que, quase 100% dessas alterações e avanços, são direcionados a medidas repressivas, voltadas ao resultado dos delitos cometidos nesse contexto, ou seja, após eles terem ocorrido.

Pouco se tem feito no tocante à prevenção dos referidos delitos, de modo a evitar que eles venham a ocorrer.

Faz-se necessário é que, em paralelo a todas essas “sanções” já explanadas alhures, sejam implementadas medidas preventivas, voltadas a evitar que tais crimes ocorram com tanta frequência em nossa sociedade.

4. DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS E DE FISCALIZAÇÃO AOS CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

¹²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º779/DF. Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mai. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 04 dez. 2022.

¹²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n.º19/DF. Relator: Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 04 dez. 2022.

Conforme demonstrado ao longo desse trabalho, muitas foram as medidas repressivas implementadas na legislação brasileira, ou seja, aquelas voltadas a punir com mais severidade o autor(a) de crimes que envolvem violência doméstica.

A criação de crimes, de causas de aumentos de pena, de agravantes, bem como de causas aptas a ensejar a segregação cautelar do agressor(a) podem ser enquadradas como essa espécie de medida, voltadas à repressão, à punição.

Ocorre que, em paralelo a tais medidas repressivas, faz-se necessário também a implementação de medidas preventivas, ou seja, aquelas voltadas a evitar efetivamente que crimes dessa natureza ocorram.

Conforme abordado no terceiro capítulo desta obra, tópico 3.4, a lei Maria da Penha está recheada de normas que pregam a prevenção da violência doméstica, mas que não possuem eficácia jurídica, ou efeitos práticos, porque precisam ser complementadas.

No que se refere ao artigo 3º da lei, estar-se diante de mais uma norma programática, que deixa “em aberto” quais são as políticas que devem garantir tais direitos às mulheres no âmbito das relações domésticas.

Muitas são as normas na legislação brasileira que versam sobre o assunto e apresentam essas “brechas”. As normas demonstradas alhures são apenas meros exemplos disso.

Com relação ao §1º, apesar de afirmar que o poder público desenvolverá políticas que visem a garantir determinados direitos às mulheres vítimas de violência doméstica, não se determina quais serão essas políticas, ou prazos para que tais políticas sejam implementadas, ou, sequer designa atividades para as administrações públicas dos entes federativos colocarem tais políticas em prática.

Já no tocante ao §2º, o mesmo acontece. A lei afirma que a família, a sociedade e o poder público criarão condições necessárias para que o previsto no parágrafo anterior seja posto em prática, mas não diz “quando” ou “como” isso será feito.

Essas “lacunas” nunca supridas, culminam em um desleixo do poder público no tocante ao assunto.

Conforme já demonstrado em tópico anterior, o Brasil é um país de herança patriarcal, que ainda carrega consigo resquícios de uma realidade passada que não cabe mais no presente.

Aquela velha crença popular de que o homem precisa ser o “provedor” da casa e da família, e a mulher precisa ser a “cuidadora”, a edificadora “do lar”, ainda é muito presente na sociedade atual.

Assim, é comum que esses “resquícios” sejam introduzidos na educação das crianças brasileiras, e que homens e mulheres sejam educados segundo tais preceitos.

Segundo Belmiro Pedro Welter, “desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetificada e monetarizada”.¹²⁶

No mesmo diapasão, afirma Maria Berenice Dias:

A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impede a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação de dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado, daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica. O Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico.¹²⁷

As cicatrizes referenciadas pela ilustre autora se refletem na formação de homens “machistas”, mulheres “submissas” e relações tóxicas entre ambos, culminando, muitas vezes, em violência doméstica face a essa relação de “supremacia e submissão” entre os sexos.

Tendo por base tal realidade, não é preciso se desprender de grandes esforços para concluir que, a fim de mudar a realidade atual no que tange à violência doméstica, a intervenção na educação brasileira se faz essencial.

Ocorre que não há, por exemplo, nas diretrizes da educação nacional, previsão de que a violência doméstica e familiar contra a mulher seja uma disciplina específica inserida na grade curricular dos jovens brasileiros para garantir que os jovens, desde cedo, aprendam acerca da realidade que vivemos e se tornem adultos conscientes.

¹²⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **A norma da Lei Maria da Penha**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.intranet.mp.rs.gov.br. Acesso em: 10.Mai.2013.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 15-6.

Ora, interferência na educação dos jovens brasileiros é apenas uma forma de o poder público garantir que os direitos das vítimas desse tipo de violência sejam garantidos a longo prazo, assim como prevê a lei.

Consequentemente, ao absorver tais conteúdos nas escolas, isso também seria refletido nas relações familiares e em sociedade desses jovens, atendendo integralmente aquilo que prevê o artigo 3º da lei 11.340/2006.

Sobre o tema, Leonardo Marçal, no artigo “igualdade de gênero no ambiente escolar”, afirma o seguinte:

A desigualdade de gênero é uma das violações mais persistentes dos direitos humanos em nosso tempo (ONU Mulheres, 2014). Propor diálogo e desenvolver projetos que promovam a igualdade entre os gêneros na escola é remover barreiras sociais e culturais, barreiras estas que por muitas vezes impedem a sociedade de elevar-se cultural e potencialmente. É essencial que nós, como educadores, possamos ajudar essa nova geração a modelar uma nova sociedade, livre do ódio, do ópio das desigualdades, justa e igualitária.¹²⁸

Cumprir observar que a desigualdade entre os gêneros é presente, inclusive, desde o ambiente escolar.

Nesse sentido, expõe Nora Fyles, diretora da Iniciativa da ONU pela Educação das Meninas, citada por Leonardo Marçal na referida obra:

Apesar dos avanços nos últimos 20 anos, a violência de gênero na sala de aula e no ambiente escolar permanece invisível. Para lidar com esse problema, os governos e a sociedade civil devem se envolver mais para proteger as crianças e buscar, por meio da educação, a mudança necessária. A violência de gênero relacionada ao ambiente escolar inclui assédio verbal ou sexual, abuso sexual, punição física, além do bullying, que afeta cerca de 246 milhões de meninos e meninas todos os anos.¹²⁹

Outro ponto importante é no que se refere aos órgãos públicos voltados à fiscalização da violência doméstica no Brasil.

¹²⁸ MARÇAL, Leonardo. Igualdade de gênero no ambiente escolar. **Revista Educação Pública**, v. 19, nº 21, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/19/21/igualdade-de-genero-no-ambiente-escolar>. Acesso em: 04 dez. 2022.

¹²⁹ *Ibidem*.

Apesar de a lei Maria da Penha prever que Estados e Distrito Federal devem dar prioridade à criação de juzgados especializados no tema, bem como de delegacias¹³⁰, não há fiscalização efetiva para que isso seja posto em prática.

Ora, é sabido que diversos municípios do país, especialmente no interior, sequer contam com um juzgado especializado, e muito menos com delegacias especializadas no tema. Recentemente, o CNJ confirmou tal situação:

Apesar da ampliação das varas especializadas em violência doméstica, como recomenda o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2007, a maioria das cidades com elevado índice de homicídios femininos do Brasil ainda não foi atendida por esse serviço da justiça. O reduzido número de juzgados especializados em violência contra a mulher nas cidades do interior expõe um dos principais desafios que o Judiciário precisa enfrentar para melhorar a aplicação da Lei Maria da Penha. Das 112 varas especializadas em violência doméstica criadas no Brasil, mais da metade está localizada nas principais capitais dos estados. Apenas 55 varas foram criadas em municípios do interior, como revela o Mapa de Produtividade Mensal de 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Até 2006, existia no país apenas 6 varas especializadas de violência doméstica.¹³¹

Outra medida preventiva que se considera importante é no que se refere ao atendimento multidisciplinar dos envolvidos em casos como esse.

O artigo 29 da lei Maria da Penha dispõe que os juzgados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher “poderão contar” com uma equipe de atendimento multidisciplinar a ser integrada com profissionais especializados na área¹³².

¹³⁰ Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, **darão prioridade**, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

¹³¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Juizados de violência doméstica ainda são insuficientes no interior do país** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

¹³² Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados **poderão contar** com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Ocorre que, assim como as demais normas supracitadas, o referido artigo é mais uma norma programática, ou seja, que precisa ser “suprida” por outra a fim de ser posta em prática, além de facultar ao poder público a possibilidade de integrar, ou não, os seus juizados especializados com tais equipes especializadas, o que deveria ser uma obrigação, e não uma faculdade.

Ora, tudo isso faz com que o poder público fique mais “à vontade” no que se refere ao cumprimento de tais dispositivos legais.

Em contrapartida, entende-se que o atendimento multidisciplinar, ou psicossocial, pode ser uma medida preventiva de extrema importância, visto que engloba questões psicossociais, jurídicas e de saúde, tanto da ofendida quanto do agressor(a), o que pode se refletir em importante ferramenta na prevenção de tais tipos de delitos.

O atendimento psicossocial pode ser um grande aliado do poder público, pois pode oferecer informações acerca inclusive de gatilhos psicológicos do agressor(a) que culminaram em atos de violência.

Nesse sentido, Nadirlene Pereira Gomes, no artigo “O cuidado à mulher em situação de violência conjugal na atenção primária”, afirma que o apoio psicossocial é um fator de extrema importância para o empoderamento da mulher frente algum tipo de violência, pois o atendimento integrado com uma equipe multiprofissional de médico, enfermeiro, psicólogo, assistente social, entre outros profissionais e a integração desses profissionais vai realizar um serviço mais consistente.¹³³

No mesmo diapasão, Leônidas de Albuquerque Netto, integrante do departamento de enfermagem da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), afirma que, a partir do atendimento psicossocial, passa-se a conhecer mais o convívio social em que aquela mulher que procura o apoio está inserida, para que assim seja compreendida a realidade da mesma, e a partir disto, sejam traçados meios que a ajudem de forma eficaz a sair da condição que se encontra.¹³⁴

O autor salienta ainda sobre a importância da mulher vítima de violência se inserir em grupos, como forma também de ajuda para passar pelo processo a fim de superar o

¹³³ GOMES, N. P.; ERDMANN, A. L.; GARCIA, T. C. S.; SILVA FILHO, C. C.; MOTA, R. S.; COUTO, T. M. O cuidado à mulher em situação de violência conjugal na atenção primária. **Revista de Enfermagem UFPE On Line**, v. 7, n. 11 (2013), p. 6578-6785.

¹³⁴ NETTO, L. A.; MOURA, M. A. V.; SILVA, G. F.; PENNA, L. H. G.; PEREIRA, A. L. F. Mulheres em situação de violência pelo parceiro íntimo: tomada de decisão por apoio institucional especializado. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 36, 2015, p. 135-142. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rngenf/a/5rspRQXYcYpj3zJHqHXq7vQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 dez. 2022.

trauma vivido, se apoiando em atividades lúdicas, esportivas ou participar de grupo de conversas para que conheça outras mulheres com experiência semelhante a sua, e assim possam trocar as vivências, buscando sempre o apoio entre as mulheres.¹³⁵

Em outras palavras, o atendimento psicossocial pode informar ao poder público sobre as “causas” mais frequentes desse tipo de violência, tornando mais fácil o combate efetivo, eficaz a ele na prática.

Outra medida preventiva que se considera importante é o maior investimento na ressocialização dos autores desse tipo de crime, a fim que não voltem a cometer novamente tais tipos de delito.

No artigo “A lei maria da penha e a perspectiva da ressocialização do agressor”, afirma-se o seguinte:

É preciso compreender que os agressores necessitam de ajuda e, mais do que isso, ajudá-los é impedir que diversos casos de violência doméstica deixem de existir. Foi com este escopo, que o legislador ampliou à norma Lei Maria da Penha, trazendo a esta a determinação do agressor a programas de recuperação e reeducação. As medidas de ressocialização retomam a ideia de que a violência tem seu escopo cultural, mas que o homem necessita dar conta que está motivação não existe e a agressão não tem qualquer justificativa.¹³⁶

Ainda sobre a necessidade de ressocialização dos agressores, afirma Maria Berenice Dias:

Ninguém tem dúvida de que a violência doméstica tem causas culturais, decorrentes de uma sociedade que sempre proclamou a superioridade masculina, assegurando ao homem o direito correccional sobre as mulheres e os filhos. É disto que o homem precisa se dar conta, que essa motivação não existe e agressão não tem qualquer justificativa. De outro lado, sabedora, a vítima que a pena imposta ao agressor pode obrigá-lo a submeter-se a acompanhamento psicológico ou a participar de programas

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ XAVIER, Dayana de Souza; DA SILVA, Paulo Rogério Pinho; CLIPES, Marcela. “A lei Maria da Penha e a perspectiva de ressocialização do agressor”. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/a-lei-maria-da-penha-e-a-perspectiva-da-ressocializacao-do-agressor.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

reeducação, certamente irá sentir-se incentivada a buscar auxílio.¹³⁷

Ante todo o exposto, resta demonstrada a necessidade de suprir essas “brechas” na legislação investindo em medidas preventivas a fim de coibir a violência doméstica de forma eficaz e, assim, obter resultado diminuindo os índices alarmantes de segurança pública que ainda assolam o país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, após uma tragédia de repercussão e comoção nacional, a lei 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, entrou em vigor.

O contexto era quase de “caos”, onde os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher eram encarados de forma demasiadamente amadora.

Se, porventura, o agressor(a) viesse a ser condenado, eram aplicadas penas incrivelmente brandas, não havia órgãos especializados no atendimento a essas vítimas, e muito menos fiscalização voltada para o tema.

Com o objetivo claro e literal de coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, a lei 11.340/2006 inovou o ordenamento jurídico trazendo diretrizes, conceitos e até penalidades para aqueles que, porventura, inobservarem as normas trazidas pela lei.

Após o vigor da lei Maria da Penha, diversos foram os diplomas legais brasileiros que sofreram alterações a fim de acompanhar a tendência de combate a esse tipo de crime: código penal, código de processo penal, lei de execução penal, dentre outros diplomas, tendo a jurisprudência dos tribunais brasileiros acompanhado também as mudanças legislativas com decisões inéditas acerca do tema.

Ocorre que a violência de gênero ainda é uma triste realidade, no Brasil e no mundo. E, assim como o resto das coisas do mundo, a lei Maria da Penha e todas as outras normas criadas a fim de coibir tal violência, precisam se “aperfeiçoar”, especialmente na prática.

Assim, reconhecendo a herança patriarcal brasileira, a legislação brasileira vem sofrendo uma série de alterações com o fim de coibir a violência de gênero e melhorar os índices que envolvem o tema.

O crime de violência psicológica, o de feminicídio, o de descumprimento de medidas protetivas, e tantas outras mudanças que vêm ocorrendo são exemplos de que a violência

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 86.

doméstica contra a mulher hoje tem sido vista com “outros olhos” se comparada há alguns anos atrás.

Ocorre que, assim como o surgimento de medidas repressivas, como a criação de tipos penais, que tem ocorrido com frequência no Brasil, são necessárias medidas preventivas, ou seja, aquelas voltadas a evitar que tais crimes aconteçam ou fazer com que eles ocorram em quantidade mínima.

Conforme demonstrado, a educação nas escolas voltada para a igualdade entre homens e mulheres, é uma dessas medidas preventivas que se faz primordial a fim de que, desde a infância, as crianças aprendam acerca da importância de igualdade entre homens e mulheres.

O investimento maciço em equipes especializadas no atendimento multidisciplinar, não só à vítima, mas também aos agressores, a fim de entender porque tais comportamentos violentos acontecem, também precisa ser posto em prática.

A obrigação, e não só a faculdade, de que as gestões de cada ente federativo (União, Estados e Municípios) criem órgãos públicos, voltados à fiscalização das políticas inerentes ao tema de violência doméstica, devendo tais políticas também ser de caráter obrigatório e em prazo determinado, também se faz necessária.

Por fim, um maior investimento na ressocialização dos agressores, também se mostra adequado, a fim de que os condenados por esse tipo de crime não voltem a cometê-los.

Isso só será possível com a atuação efetiva das administrações públicas de todos os entes federativos: União, Estados e Municípios, cada um atuando em sua esfera, bem como de toda a sociedade, através da conscientização e da cobrança na efetividade de tais medidas.

Só assim, unindo a prevenção à repressão, é que a realidade que envolve a violência de gênero poderá ser mudada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Juizados de violência doméstica ainda são insuficientes no interior do país** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º1.419.421/GO. Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. **Diário de justiça eletrônico**, Brasília, 07 abr. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n.º588**, Terceira Seção. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&tipo=sumula>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n.º589**, Terceira Seção. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&tipo=sumula>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n.º600**, Terceira Seção. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&tipo=sumula>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n.º19/DF. Relator: Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade n.º4424 /DF. Relator: Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 out. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º779/DF. Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mai. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n.º536**, Terceira Seção. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&tipo=sumula>. Acesso em: 04 dez. 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz. Prisão preventiva para garantia de medidas protetivas: (im) possibilidade de decretação direta. **Revista Eletrônica Jusbrasil**. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814825/prisao-preventiva-para-garantia-de-medidas-protetivas-im-possibilidade-de-decretacao-direta>. Acesso em: 04 dez. 2022.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Jusbrasil**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos/5>. Acesso em: 04 dez. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DO AMARAL, Carlos Eduardo Rios. Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13.641/2018). **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>. Acesso em: 04 dez. 2022.

ELUF Luiza Nagib. Novo tipo penal: violência psicológica contra a mulher. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/escritos-mulher-tipo-penal-violencia-psicologica-contraa-mulher>. Acesso em: 04 dez. 2022.

FERNANDES, Maria da Penha Fernandes. **Sobrevivi, posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras? **Revista Eletrônica Jusbrasil**. Disponível em <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras#:~:text=S%C3%A3o%20medidas%20despenalizadoras%20porque%20uma,crime%2C%20logo%20significa%20abolitio%20criminis>). Acesso em: 04 dez. 2022.

GOMES, N. P.; ERDMANN, A. L.; GARCIA, T. C. S.; SILVA FILHO, C. C.; MOTA, R. S.; COUTO, T. M. O cuidado à mulher em situação de violência conjugal na atenção primária.

Revista de Enfermagem UFPE On Line, v. 7, n. 11 (2013), p. 6578-6785.

Há doze anos o Brasil criou a lei Maria da Penha. Falta investir em prevenção. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** (sítio eletrônico). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/noticia/16901/H%C3%A1+12+anos+o+Brasil+criou+a+Lei+Maria+da+Penha.+Falta+investir+na+preven%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 04 dez. 2022.

LEITE, Fabiana. Dia internacional para a eliminação de violência contra as mulheres. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-25/dia-eliminacao-violencia-mulheres>. Acesso em: 04 dez. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARÇAL, Leonardo. Igualdade de gênero no ambiente escolar. **Revista Educação Pública**, v. 19, nº 21, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/19/21/igualdade-de-genero-no-ambiente-escolar>. Acesso em: 04 dez. 2022.

NETTO, L. A.; MOURA, M. A. V.; SILVA, G. F.; PENNA, L. H. G.; PEREIRA, A. L. F. Mulheres em situação de violência pelo parceiro íntimo: tomada de decisão por apoio institucional especializado. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 36, 2015, p. 135-142. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rgenf/a/5rspRQXYcYpj3zJHqHXq7vQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 dez. 2022.

NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU. Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: [https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20taxa%20de,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20\(OMS\)](https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20taxa%20de,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS)). Acesso em: 04 dez. 2022.

ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais do feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Casa da ONU, 2016.

Os avanços e os desafios da lei Maria da Penha. **Câmara dos Deputados** (sítio eletrônico). Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/413523-os-avancos-e-os-desafios-da-lei-maria-da-penha/#:~:text=Considerada%20pela%20ONU%20a%20terceira,entraves%20para%20ser%20cumprida%20integralmente>. Acesso em: 04 dez. 2022.

PINHEIRO, Roberta Azzan Gadelha. As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais. **Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_1_2013/RobertaAzzamGadelhaPinheiro.pdf. Acesso em: 04 dez. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth Iara. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Revista Labrys 2002** jul/dez. Disponível em: http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2/heleieth1.html. Acesso em: 04 dez. 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida; DE MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher?** Brasília: Brasiliense, 2002.

VILA NOVA, Indira. O prazo, as prerrogativas para a concessão de medidas protetivas de urgência e os respectivos reflexos nos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-prazo-as-prerrogativas-para-a-concessao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-e-os-respectivos-reflexos-nos-indices-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

XAVIER, Dayana de Souza; DA SILVA, Paulo Rogério Pinho; CLIPES, Marcela. "A lei Maria da Penha e a perspectiva de ressocialização do agressor". Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/a-lei-maria-da-penha-e-a-perspectiva-da-ressocializacao-do-agressor.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, A RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR E A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS EM CASO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO E ENCARGOS SETORIAIS VINCULADOS ÀS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA

EDUARDO SOARES DE MELO: Advogado e Consultor Tributário. Mestrando em Direito Tributário (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Tributário (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário (CEU-LAW). Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP). Ex-Conselheiro Julgador do Conselho Municipal de Tributos (CMT/SP). Conselheiro e Vice-Presidente do Comitê ICMS/ISS da Associação Brasileira de Advocacia Tributária (ABAT). Professor em diversas instituições.¹³⁸

BRUNO NOGUEIRA REBOUÇAS¹³⁹

(Coautor)

RESUMO: Como o própria nome do estudo suscita, o presente artigo compreende o princípio da legalidade tributária, a reserva de lei complementar e a não incidência do ICMS em caso de serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica, o que passou a ser convalidado ainda mais a partir da edição da Lei Complementar nº 194, de 2022, que veio tratar a referida situação como caso de não incidência do imposto estadual, de forma a não compor a base de cálculo do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre a energia elétrica.

Palavras-chave: Energia elétrica, ICMS, não incidência, base de cálculo, TUST, TUST, encargos de distribuição.

1. Introdução

No presente estudo será tratado não só da questão atrelada à legalidade tributária e a necessidade de sua conformação com as regras de competência rigidamente dispostas

138Contato: eduardosmelo2@yahoo.com.br

139 Advogado. Mestrando em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP. MBA em Gestão Tributária pela USP.

na Constituição e atribuídas aos entes federados, como ocorre particularmente me relação ao Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), como a questão atrelada ao que usualmente se passou a denominar como reserva de lei complementar para tratar de normas gerais em matéria de impostos, como definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (art. 146, Inciso III, alínea "a", da Constituição Federal), particularmente, neste último caso, quando se tratar da edição da Lei Complementar nº 194/2022, que tratou de aspetos atrelados à base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

A questão da reserva de certas matérias à lei complementar tributária, como decorreu da nova redação atribuída ao art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 pela Lei Complementar nº 194/2022, não deixa de ser uma reconhecida como uma forma de incrementar e valorizar o princípio da legalidade tributária. Nesse sentido, como bem pontuado por Hugo de Brito Machado, *"também fortalecem o princípio da legalidade tributária o fato de haver sido proibida a delegação de competência reservada à lei complementar"*¹⁴⁰, o que foi feito a partir da edição da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Nesse sentido, a lei complementar teria o condão de incrementar a legalidade tributária a partir de uma vedação de que o Poder Executivo pudesse atuar por meio de edição de medidas provisórias em relação a matérias constitucionalmente reservadas à lei complementar, dando maior relevo à atuação do Poder Legislativo nesse aspecto. Como será visto em tópico específico do presente estudo, a lei complementar exerce importante função em matéria tributária, especificamente quando se fala de temas a ela reservados pelo constituinte.

2. A ideia de matéria "reservada" à lei complementar e a valorização do princípio da legalidade tributária em matéria de ICMS

A nossa Constituição de 1988 é considerada rígida, e particularmente nosso sistema constitucional tributário é caracterizado por esse evidente teor de rigidez, que, como bem salienta Carlos Augusto Daniel Neto, assim o é com o intuito de imprimir *"um tom consentâneo ao compromisso de proteção e garantia que essa estrutura implica, impondo a adoção de um proxy formalista decorrente de uma orientação eminentemente voltada à segurança jurídica do contribuinte"*¹⁴¹, ao passo que a rigidez de um sistema jurídico constitucional se torna, como bem salientado por Oswaldo Aranha Bandeira de

¹⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Normas Gerais de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, p. 34.

¹⁴¹ NETO, Carlos Augusto Daniel. **Tributação e exceção: a derrotabilidade das regras tributárias**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2022, pp. 243-244.

Mello, "*como elemento necessário à estabilidade das instituições*"¹⁴², de modo que o "*poder legislativo recebe competência dentro da regra constitucional, regra não susceptível de modificação pelo rito ordinário das leis*"¹⁴³, o que só reforça a ideia de uma busca por um ideal de segurança jurídica e proteção da confiança por meio dessa rigidez.

Essa rigidez do sistema tributário brasileiro garante, ao mesmo tempo, uma rígida repartição de competências impositivas entre os entes tributantes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), de sorte a garantir – ao mesmo sob a perspectiva do exercício de tais competências – que um pedaço justo de arrecadação tributária seja garantido a cada ente federativo, ao mesmo tempo que se incrementa sua autonomia financeira dentro da Federação.

Não que essa seja a única forma de garantia de autonomia financeira aos entes federados, de modo que Luís Eduardo Schoueri chega a afirmar que "*a discriminação de competências tributárias não é requisito de um sistema federal*"¹⁴⁴; mas, sem dúvidas, notadamente frente a nosso histórico federativo, torna-se a atribuição e distribuição de competências impositivas um modelo que se tornou e se convalidou, com o passar dos anos, em nossa experiência histórico-cultural constitucional como Federação. Como bem pontou Antonio Roberto Sampaio Dória, ao retroagir em sua análise a uma perspectiva histórica do federalismo brasileiro e da repartição de rendas entre os entes federados, pode-se inferir o seguinte acerca da temática:

No regime federativo, entretanto, onde coexistem paralelamente sobre um mesmo território duas ou mais ordens de poderes autônomos, cada qual competente, portanto, para gravar integralmente fatos, atos ou negócios ocorridos dentro de sua esfera territorial comum, a discriminação de rendas atribuída privativamente à União, Estados e Municípios é imperiosa exigência para o equilíbrio do sistema e desenvolvimento de sua economia.¹⁴⁵

O mesmo autor, em outra obra, ressalta:

Desfaz-se, assim, a opinião comumente sustentada de ser a discriminação de rendas característica essencial do federalismo. De

142 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Publicação da prefeitura do município de São Paulo, 1948, p. 58.

143 Idem, p. 58.

144 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Discriminação de competências e competência residual**. In.: Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 83.

145 DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Princípios constitucionais e a cláusula do *Due Process of Law***. São Paulo, 1964, p. 116.

fato, e historicamente, não o é. *A atribuição de competência tributária*, sim, é requisito axiomático da federação, para assegurar independência política. Mas a circunstância de ser tal atribuição de competência decomposta numa *discriminação de rendas* compreensiva, objetivando, ao imprimir feitiço *privativo* à respectiva competência fiscal, propósitos de natureza econômica, é fator, senão acidental, pelo menos secundário na definição da estrutura do regime federativo.¹⁴⁶

Nesse mesmo sentido, interessante a reprodução das lições de Humberto Ávila:

O âmbito material das regras de competência é também especificado pelas leis complementares. Nesta hipótese, as leis complementares podem exercer duas funções: em primeiro lugar, limitar o âmbito material das regras de competência quando a Constituição o exige; em segundo lugar, determinar o âmbito material das regras de competência de modo a evitar conflitos de competência.¹⁴⁷

Mesmo com fundamento em uma rígida discriminação de competências tributárias operada a partir do texto constitucional, com função de garantir não só segurança jurídica, mas, igualmente e em última instância, a preservação da independência política e do pacto federativo, sem que um ente possa invadir a competência particularmente e privativamente atribuída a outro ente federado, há situações de natural penumbra da atribuição de tais competências, gerando o que se convencionou chamar de conflito de competências em matéria tributária, gerando a necessidade de a lei complementar vir a regular de forma mais clara, para que não haja dúvidas quanto ao alcance de tais competências, regulando, inclusive, as limitações constitucionais ao seu exercício (art. 146, inciso II, da Constituição Federal), a trazendo normas gerais em matéria de impostos (art. 146, inciso III, da Constituição Federal), a fim de se dar um tratamento uniforme acerca do tema, algo que ganha maior relevância em um tributo como o ICMS.

Nesse sentido, a lei complementar teria um caráter de lei nacional, como já bem sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em decisão de relatoria do então Min. Octávio Gallotti, em que se transcreve trecho do voto do também então Min. Celso de Mello:

146 DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972, p. 15.

147 ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196.

A lei complementar a que se refere o preceito inscrito no art. 146 da Carta Política tem caráter de lei nacional, projetando-se e impondo-se, na esfera jurídico-normativa, e no que concerne aos estritos limites materiais de sua incidência, **à compulsória observância das pessoas estatais investidas, pelo ordenamento constitucional, de competência impositiva**. Nessa condição formal, a lei complementar, que veicula regras disciplinadoras do conflito de competências tributárias e que dispõe sobre normas gerais de direito tributário, evidencia-se como espécie tributária que, embora necessariamente obediente às diretrizes traçadas pela Carta da República, **constitui manifestação superior do próprio Estado Federal**.¹⁴⁸ (grifos próprios)

Embora não possa confrontar a rígida discriminação de competências tributárias firmada precedentemente pelo legislador constituinte, sob pena de subversão hierárquica, a lei complementar, tendo assim caráter de lei nacional, pode esclarecer e ajudar a determinar situações que ainda se encontram em zonas de penumbra, ou casos não tão uniformemente esclarecidos entre os Estados (entes federados), dentro da abrangência do exercício de sua competência impositiva.

Como será visto, foi exatamente essa função da lei complementar, como uma norma geral, com caráter de lei nacional, para fins de uniformizar a base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica, que foi valorizada quando da edição da Lei Complementar nº 194/2022, alterando o art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir). Como já mencionado, a questão da reserva de certas matérias à lei complementar tributária, como decorreu da nova redação atribuída ao art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 pela Lei Complementar nº 194/2022, não deixa de ser uma reconhecida como uma forma de incrementar e valorizar o princípio da legalidade tributária, o que se prova, a título de exemplo, com base na vedação trazida pela Emenda Constitucional nº 32/2001 ao tratamento de matérias a ela reservadas e, por conta disso, vedadas de tratamento por meio de medidas provisórias.

Antes de tratar da Lei Complementar nº 194/2022, que deixou claro que as tarifas de distribuição e transmissão de energia não deveriam compor a base de cálculo do imposto estadual, será explorado o âmbito constitucional de incidência do ICMS-energia e a conformação com a legislação dos Estados a tal comando constitucional, o que a Lei Complementar nº 194/2022 só procurou, *a posteriori*, esclarecer em sua função de norma geral (art. 146, inciso III, da Constituição Federal) e como regulamentadora das limitações

148 STF – Pleno, RE nº 136.215-4/RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgamento: 18.02.1993, DJ de 16.04.1993.

ao poder de tributar (art. 146, inciso II, da Constituição Federal) dos Estados, como se passa a demonstrar.

3. Âmbito constitucional de incidência do ICMS

O dispositivo constante do art. 155, inciso II, da Constituição Federal dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Para efeitos didáticos, analisar-se-á cada um dos signos linguísticos mencionados, compreendidos no conceito de (i) operação, (ii) circulação e (iii) mercadoria, que compõe a regra de competência do imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias, para depois tratar do âmbito material e quantitativo do ICMS-Energia, de forma a dimensionar o problema relativo à indevida inclusão de valores correspondentes à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do imposto estadual.

Propositalmente, inverteu-se a apresentação dos conceitos jurídicos de operações, circulação e mercadoria, de forma a evidenciar que tais signos linguísticos (operação, circulação e mercadoria) são logicamente indissociáveis dentro do contexto constitucional. Isso tudo, porque nos será de grande valia para a análise das operações que envolvem a circulação de energia elétrica.

3.1 Mercadoria

Primeiramente, vale perquirir acerca do significado do caráter mercantil que se exige a fim de que haja a incidência do ICMS, já que não parece perfeitamente claro, ao menos em alguns casos mais sensíveis, quais seriam os limites interpretativos para se considerar um bem como mercadoria sujeita à tributação.

Para isso, há de se que resgatar em que sentido a Constituição Federal albergou o conceito de *mercadoria*, particularmente para fins de incidência do imposto.

Num primeiro momento, pode-se inferir que o signo *mercadoria*, em mais larga acepção, alcança a ideia de um bem que terá por fim último o consumo, como bem pontua Alcides Jorge Costa¹⁴⁹, sendo, em síntese, o principal objeto remoto de negócio de quem

¹⁴⁹ "As mercadorias ou são produzidas para serem postas em circulação, ou são recebidas para continuarem seu curso no processo de circulação, até chegarem a consumo." (COSTA, 1978, p. 99)

a comercializa. É bem, pois dotado de valor; e com o fim de consumo, senão não faria sentido ser objeto da atividade econômica mercantil.

Por último, tem ele de ser objeto do negócio desenvolvido por seu titular, ou seja, de forma habitual (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96), sob pena de não se diferenciar de outras categorias quaisquer de bens; pois é isso que o diferencia, ou seja, o exercício habitual de sua comercialização por seu titular, já que só determinada categoria de sujeitos terá a potencialidade de lhe dar a destinação que determina a natureza jurídica típica da atividade comercial, qualificando-o, ao fim e ao cabo, como mercadoria. Em outras palavras, se não houver habitualidade, podemos estar falando de um bem qualquer, mas que não necessariamente se qualifica como mercadoria.

Ainda assim, para efeitos da adoção de um conceito de mercadoria, como bem destinado ao comércio, pelo constituinte, há mais alguns aspectos que devem ser levados em consideração, estreitando-se ainda mais a moldura interpretativa que serve de receptáculo aos significados juridicamente atribuíveis ao vocábulo *mercadoria*.

Conforme lições extraídas a partir de Pontes de Miranda, "*Mercadoria é o nome que se dá ao objeto da atividade comercial(...)*."150 Quer isso dizer que não se pode falar de mercadoria sem se referir a uma atividade comercial que se desenvolva logo por detrás, o que está implícito na exigência de habitualidade de seu exercício. Como bem sintetizou Geraldo Ataliba,

Não é qualquer coisa que circula que se compreende no conceito constitucional do ICM, mas só mercadorias. Mercadoria, em termos técnico-jurídicos, universal e tradicionalmente, é objeto de uma atividade que juridicamente se qualifica como mercancia. Esta por sua vez é regulada por um ramo, se não cientificamente, pelo menos didaticamente discernível e definível como Direito Comercial.151

Por esse fato, o promotor de sua circulação jurídica de um bem deve ser alguém que se qualifica para tanto por desenvolver atividade econômica organizada e habitual de circulação de bens com o fim de lucro (este último aspectos referente ao intuito comercial de que trata o art. 4º da Lei Kandir, que será tratado mais a frente), tal qual se qualifica o comerciante/empresário para o Direito Empresarial.

150 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: revista dos Tribunais. 1967, p. 490.

151 ATALIBA, Geraldo. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1978, p. 46.

Sustenta-se aqui, entretanto, que, pelo fato de o texto constitucional de 1988 ter entrado em vigor e produzido seus efeitos antes do novo Código Civil, ele albergou o conceito de mercadoria com base na ideia negócio jurídico (compra e venda) mercantil delineado ainda com base no Código Comercial de 1850, legislação então vigente à época, com as depurações e reparos que a doutrina e a jurisprudência já lhe vinham produzindo, modificando a essência do instituto, já que se tratava de legislação já antiga e relativamente “obsoleta” em diversos aspectos, o que fica notório frente às novas realidades que se apresentavam já anteriormente ao Código Civil de 2002, que revogou vários de seus dispositivos.

À época ainda do IVC (Imposto de Vendas e Consignações), Rubens Gomes de Sousa já afirmava, com toda razão, que “*A venda pode ser mercantil ou civil. Venda mercantil é aquela em que pelo menos uma das partes seja comerciante (...)*”¹⁵². Isso, como já reiterado, limita bastante aquele bem que pode ser intitulado como objeto do comércio ou não, considerando sua qualificação como mercadoria em razão do intuito de venda ou revenda por parte de seu titular. Extremamente lúcido e atual é o questionamento levantado por Alcides Jorge Costa (1978, p.101), ainda ao tempo do ICM, ao se pronunciar no seguinte sentido:

Ora, considerar o elemento subjetivo do recebedor da coisa e considerá-la mercadoria segundo a destinação que ele tencionasse dar-lhe equivaleria a considerar não sujeitas à tributação todas as vendas de varejo que, em princípio, são feitas a consumidores.

O aspecto subjetivo parece ter prevalecido na legislação fiscal, assim como no entendimento dos tribunais, como aquele que exigisse à compra e venda mercantil apenas a presença de um dos polos, notadamente escolhido como regra geral pela LC nº 87 (norma geral que trata do ICMS a nível nacional) como o sujeito que dará saída da mercadoria de seu estabelecimento.

Isso restringe ainda mais o proceder do intérprete, estando vinculado às finalidades que ora identificamos como (i) **mediata** e (ii) **imediata** perseguidas quando da comercialização de um bem, que devem seus a ele imputadas na qualificação de seu caráter mercantil, quais sejam (i) a *venda* ou *revenda* do bem (imediata), de modo habitual, (ii) o intuito comercial, transposto na busca pela obtenção de *lucro* (mediata).

¹⁵² SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Edições Financeiras, 1954, p. 367.

Desse modo, em relação à finalidade mediata da mercadoria objeto de uma operação de circulação mercantil, Hugo de Brito Machado, após deixar claro que o que define especificamente as mercadorias são sua destinação, esclarece que

O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação. Mercadorias são coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriram, ou transformadas, e ainda produzidas para venda. Não são mercadorias as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio.¹⁵³

Em outras palavras, quer-se dizer que a destinação dada a determinado bem seria a viga mestra para poder-se apurar o conceito constitucional de *mercadoria*, como já afirmado anteriormente. Nesse sentido, pertinente é a advertência feita por Paulo de Barros Carvalho, no seguinte sentido:

A natureza mercantil do produto não está, absolutamente, entre os requisitos que lhes são intrínsecos, mas na destinação que se lhes dê. É mercadoria a caneta exposta à venda entre outras adquiridas para esse fim. Não o será aquela que mantenho em meu bolso e se destina a meu uso pessoal. Não se operou a menor modificação da índole do objeto referido.¹⁵⁴

Quanto àquilo que ora classificamos como finalidade imediata, isto é, atrelada à ideia de *venda* ou *revenda* do bem em si, tem-se que "*a venda é comercial quando quem vende comprou precedentemente com o intuito de revender*" (sic)¹⁵⁵. E isso, por si só, não basta. "*A intenção de revender deve ser o motivo principal da aquisição*" (Idem, p.25). Sabe-se que para a moderna teoria da empresa, o conceito de Direito Comercial se define pela organização dos fatores de produção¹⁵⁶, o que fundamenta, por conseguinte, a atividade comercial e o respectivo regime jurídico¹⁵⁷ que lhe é aplicável.

153 MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 522.

154 CARVALHO, Paulo de Barros. **A regra matriz do ICM**. Tese de livre docente em Direito Tributário na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1981, p. 206.

155 VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Lisboa: Livraria Clássica, 1918, p. 25.

156 RUIZ, Manuel Olivencia. Derecho mercantil y derecho de la empresa. In: SANCHEZ, Guillermo J. Jiménez (coord.). **Derecho Mercanti**. 9. ed. Madrid: Ariel, 2004, p. 24.

157 Afirma Roque Antonio Carrazza que "É o caso de rememorarmos que mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade mercantil, que obedece,

Em resumo, o qualificativo, portanto, de um bem como mercadoria, como depende de sua destinação específica, se dá logicamente sempre *a posteriori*, quando já se reconhece a destinação específica que lhe é dada, ou seja, mesmo que o motivo inicial da aquisição não aparentasse ser a revenda, ele se externalizou em momento posterior dentro de uma atividade habitual e organizada do sujeito, garantindo o caráter mercantil ao bem, sujeitando-se à incidência do imposto, portanto.

Isso serve meramente para aceitar a situação em que o fato gerador pode já sinalizar *a priori*, ou seja, temporalmente quando da contratação da venda do bem para um terceiro que já a compra com intenção de revendê-la, e que pode perfeitamente ser utilizado para consumo próprio ou imobilização, desqualificando-o como mercadoria adquirida para revenda. Em outros casos, também excepcionais que se dão *a posteriori*, nos quais, embora o sujeito adquira o bem para um determinado fim de consumo/imobilização, diverso do de revenda, utiliza-o, por fim, para fins mercantis, portanto especulativos, revertendo-o como objeto de seu negócio (habitual e organizado), passando também a compor sua finalidade mediata, qual seja o fito de lucro.

Adverta-se, entretanto, que a sinalização ora apontada, ao menos no sentido aqui atribuído, temporalmente não se confunde com o momento escolhido pelo legislador para a exteriorização do fato gerador, ou seja, faz-se inconfundível com o aspecto temporal da hipótese de incidência, que se define – como regra – a partir da saída da mercadoria do estabelecimento qualificado como comercial.

Vale agora analisar, com mais vagar, o que denominamos de finalidade mediata, que assim como a imediata, decorre da destinação que será dada ao bem que, justamente por conta disso, receberá a denominação de *mercadoria* para fins de fazer-se valer a pretensão arrecadatória dos Estados e Distrito Federal.

Para depurar quem seria, à luz do Direito Privado, o único sujeito elegível a ser titular de negócio jurídico que tivesse por objeto de transação comercial uma mercadoria (qualificando-a como tal), faz-se necessário definir juridicamente o que seria comerciante ou empresário, coisa que o Código Civil já o fez¹⁵⁸, assim como a legislação e a doutrina já o delimitaram conceitualmente, antes mesmo da Constituição de 1988.

Há de lembrar-se que a ideia de atividade econômica denota implicitamente o fito de lucro como finalidade última a ser alcançada por aquele que se propõe a executar

por isso mesmo, ao regime jurídico comercial." (CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 16ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48).

158 "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços." (Código Civil 2002)

determinada atividade mercantil, decorrente de sua “empresariedade”. Exatamente por isso, Geraldo Ataliba¹⁵⁹ sabiamente sustentou que o fato gerador do antigo ICM deve pressupor um fim mercantil, positivado sob a perspectiva de um *intuito mercantil*, conforme mencionado na legislação (art. 4^a da LC nº 87/96), que se faz, portanto, especulativo, ou seja, visando ao lucro que estaria intrinsecamente vinculado e indissociável à essência da atividade mercantil, o que limita, por exemplo, a tributação do ato cooperativo, como bem assinalado por Geraldo Ataliba¹⁶⁰, justamente por não visar essencialmente ao lucro, ou da eventual venda de ativos imobilizados, que não são objeto de sua atividade empresarial.

Em qualquer caso, analisa-se a atividade desenvolvida pelo vendedor para qualificá-la ou não como atividade mercantil, de sorte que, só a partir daí, dá-se ao bem objeto do negócio o qualificativo de *mercadoria* para efeitos de adoção de um conceito juridicamente adequado, que assim fora recepcionado pela Constituição Federal para fins de se autorizar a incidência do imposto.

Adverte-se, por último, que *objetivo* ou *fito de lucro* (caráter especulativo), que denominamos como finalidade imediata, é totalmente diferente de se condicionar a incidência do imposto ao lucro, efetivamente considerado, sob pena de estar-se tributando o lucro ou a renda, e não a operação de circulação mercantil, o que acarretaria indevida bitributação. Aquele caso, diferentemente deste, é mera finalidade a ser alcançada para fins de qualificação jurídica da atividade mercantil, como especulativa em sua essência; este, por outro lado, é signo presuntivo de renda, delimitado por legislação própria quanto à sua hipótese de incidência normativa.

Em suma, o que se exige como finalidade imediata é o fito de lucro, não a necessidade do lucro efetivo, aquele primeiro inafastavelmente vinculado à atividade mercantil.

Em vista disso, 3 (três) requisitos principais, mas não necessariamente suficientes, se colocam em evidência para a qualificação de um bem negociado como *mercadoria* para fins de incidência do ICMS, por decorrer, de fato, de um negócio jurídico mercantil:

- a. A destinação dada é específica, ou seja, para *venda* ou *revenda* do bem, considerando a habitualidade que o impulsiona na cadeia mercantil, que

159 ATALIBA, Geraldo. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 80.

160 “Por outro lado, é unânime a doutrina em salientar que o ato cooperativo não tem cunho de alteridade, elidindo o lucro, o proveito, o sobre-preço, que precisamente caracterizam o ato mercantil.” (ATALIBA, Geraldo. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 63)

denominados como finalidade imediata atribuível à mercadoria, que pode dar-se tanto *a priori*, como, também, *a posteriori* para fins de definição da relação negocial;

- b. O titular de sua alienação deve exercer atividade comercial/empresária, organizada e com *objetivo* ou *fito* de lucro, o que convencionou aqui chamar de finalidade mediata da mercadoria, estando correlacionada à venda da mercadoria, e não a outro objeto negocial, atendendo ao fim especulativo próprio da atividade mercantil;
- c. Deverá tratar-se do negócio desenvolvido pelo sujeito, não sendo algo meramente acidental ou totalmente esporádico dentro da atividade desenvolvida pelo sujeito, desvinculado do seu fim especulativo.

Entendemos, por fim, que a (i) **habitualidade** no exercício do labor comercial, prescrita no art. 4º da LC 87/96 e a própria ideia de (ii) **intuito comercial**, esta última a que atribuímos o caráter intrinsecamente *especulativo* atribuível à atividade mercantil, que são mencionadas no mesmo dispositivo normativo da lei Kandir, ambas compreendidas como requisitos necessários para se definir quem pratica o fato gerador do ICMS, podem ser extraídas a partir de uma definição formulada, em nossa visão, a partir do próprio conceito constitucional de *mercadoria*, particularmente para fins de se autorizar a incidência do imposto.

Isso quer dizer que, independente de qualquer definição constitucional, não há como se conceber um conceito de *mercadoria*, para fins do ICMS, que não compreenda tais características, fazendo parte das limitações impostas ao poder de tributar a partir do delineamento da regra de competência desse imposto estadual. Em outras palavras, independentemente do que dispõe a Lei Kandir, a habitualidade e o caráter especulativo se extraem da própria essência do significado da atividade mercantil.

3.2 Operação

O conceito de *operação* está intrinsecamente ligado a ideia *título* ou *fundamento jurídico*, no caso, da circulação mercantil, relacionado a um ato ou negócio jurídico, portanto produtor de efeitos jurídicos, ou seja, inseridos e categorizados dentro de uma classificação mais ampla do fato jurídico *latu sensu*, porque pertinente ao direito, mas qualificado por uma manifestação de vontade, de forma que não há *operação* que não seja motivada pela vontade de alguém.

Importante se faz essa noção para que não se caia no grave erro de configurar situações de saídas decorrentes de furto, roubo, extravio etc, como ensejadoras do fato gerador do tributo, não só porque não haveria circulação da mercadoria, mas, também,

pela falta de uma *operação* juridicamente qualificada que lhe desse fundamento para a incidência do imposto. No caso do ICMS, ora tratado, acresce-se a potencialidade de tal operação gerar a transmissão de sua posse ou propriedade, o que tem impacto, inclusive, para fins de qualificação das operações de circulação de energia sujeitas ao imposto.

3.3 Circulação

Afora a ideia de circulação física, vista geralmente como insuficiente à configuração do fato gerador do imposto, há, pelo menos, duas grandes correntes doutrinárias que tratam, de há muito, da configuração do fato gerador do ICMS, a partir da ideia de circulação, quais sejam **(i)** aquela que pressupõe a circulação econômica mercantil, sem a necessidade da transmissão jurídica da propriedade tal qual traçada pelo Direito Privado, necessitando-se, tão somente, de seu caráter especulativo, seguindo uma marcha na cadeia econômica até se chegar às mãos do consumidor final e **(ii)** aquela que pressupõe que exista a efetiva transferência de propriedade mercantil, conforme seu conteúdo privatístico, como mencionado.

Em suma, não é porque se nomeia uma circulação como “econômica”, que não se atribui à referida circulação o caráter jurídico necessário, inclusive, porque, nesse caso, também se configura um fato juridicamente relevante para o Direito Tributário, no sentido de se considerar determinada situação ou pressuposto de fato como susceptível da incidência normativa e, conseqüentemente, participante de formação da obrigação tributária.

A primeira corrente doutrinária, referente ao que usualmente se denomina de circulação econômica, parece ter prevalecido quando da redação da Lei Complementar nº 87/96 (LC nº 87/96 ou Lei Kandir), assim como na época da edição do decreto-Lei 406/68, ao dispor claramente sobre a possibilidade de tributação nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica, em sintonia com a denominada autonomia dos estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica em matéria de ICMS.

Embora seja diminuta a doutrina que ainda defende a ideia de circulação econômica, ou seja, não necessariamente atrelada à transferência da propriedade do bem em linha com o Direito Privado, essa corrente doutrinária sempre contou com tributaristas de peso, notáveis conhecedores da sistemática de tributação do imposto, como é o caso de Hugo de Brito Machado, que assim se pronuncia acerca da questão:

Circulação quer dizer, aqui, a movimentação econômica. A marcha que as coisas realizam desde a fonte de produção até o consumo. Essa movimentação econômica geralmente acontece mediante a mudança da propriedade das coisas, em face do princípio da divisão

do trabalho, ou da especialização. Quem produz, industrializa, fabrica, geralmente não se dedica à distribuição, ao comércio, das coisas. O produtor da coisa geralmente não cuida de sua distribuição, não pratica os atos necessários a que a coisa chegue até o consumidor. Por isto diz-se que a circulação decorre da mudança de propriedade. Essa ideia de mudança de propriedade, porém, não é adequada para expressar a ocorrência do fato gerador do ICMS, pois é possível que uma coisa seja produzida por uma empresa, seja por ela própria distribuída em todo o território nacional, e também por ela a final vendida ao consumidor, utilizando-se essa empresa de vários estabelecimentos seus.

A mudança de propriedade é bastante para configurar a circulação, mas não é indispensável.¹⁶¹

Faz-se mister lembrar que Antônio Roberto Sampaio Dória também se filiou a essa corrente, como se compreende a partir da seguinte explicação:

(...) na criação do ICM, teve-se em mira – e isso ficou bastante claro nos trabalhos de reforma da época – criar um imposto com uma realidade econômica definida, isto é, a circulação de mercadorias, entendida como uma daquelas etapas do processo produtivo, **sem qualquer vinculação com o negócio jurídico de que se pudesse estar revestida**.¹⁶² (grifos próprios)

Ainda em relação à sustentação da ideia de circulação econômica, Hamilton Dias de Sousa ilustrou bem essa questão ao tratar do conceito de circulação para efeitos de cobrança do ICM.

Note-se, contudo, que para haver tributação há de existir uma operação que implique no curso da mercadoria em direção ao consumidor final, ou ainda uma etapa no processo de circulação de mercadorias. Desta sorte, não há circulação quando o bem sair para retornar, como no comodato.¹⁶³

161 MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 27.

162 DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Curso de direito empresarial 2: Direito Tributário**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1976, p. 182.

163 SOUZA, Hamilton Diaz de. O fato gerador do ICM. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O fato gerador do ICM**. Cadernos de Pesquisas Tributárias N. 3. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 242.

Advirta-se, em sentido contrário a conclusões apressadas de quem venha a enfrentar o tema, que, tanto para a segunda corrente (circulação jurídica) como para a primeira (circulação econômica), a doutrina que as defende ou defendeu as qualifica, ao fim e ao cabo, como circulação de mercadorias juridicamente qualificadas, de modo que, em final de contas, ambas seriam jurídicas, não podendo a nomenclatura utilizada conduzir a um erro inadequado acerca da interpretação extraída de ambas as abordagens mencionadas.

Por outro viés, a teoria que se sedimentou na doutrina majoritária com o passar do tempo e de maior aceitação hoje nos tribunais, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, como se demonstra a partir do que se decidiu na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49, embora divirja da própria legislação do ICMS (como visto), é aquela que restringe a ocorrência do fato gerador do ICMS aos casos em que há, necessariamente, transferência jurídica da propriedade¹⁶⁴ nos termos definidos pelo Direito Privado.

Como fortes representante dessa corrente, Paulo de Barros Carvalho reproduz as palavras de Geraldo Ataliba (1975, p. 115 apud CARVALHO, 1978, p. 339) nos seguintes termos:

(...) em termos jurídicos, circular é mudar de titular; circular é mudar de pertinência jurídica. Circulação jurídica é mutação de titular. Não há identidade entre situação física e econômica (inapreciável juridicamente) e circulação jurídica. Tanto é assim que, juridicamente, os imóveis circulam e, no entanto, fisicamente não podem fazê-lo.¹⁶⁵

O importante para fins do presente estudo é reconhecer que o mencionado entendimento também se aplica no caso da circulação de energia elétrica que enseja a cobrança do ICMS, de modo que, por exemplo, o denominado autoconsumo¹⁶⁶ de energia deve ser afastado da hipótese de incidência do imposto em apreço.

164 Dela resultou o enunciado da súmula 166, do STJ, que assim versa: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*".

165 Hipótese de incidência e base de cálculo do ICM. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O fato gerador do ICM**. Cadernos de Pesquisas Tributárias. n. 3. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 339.

166 Inclusive, conforme já bem decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), o autoconsumo de energia não pode ser tributado pelo ICMS, como consta da ementa a seguir reproduzida:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR - LEI ESTADUAL Nº 7.098/98 - INCIDÊNCIA DE ICMS NO ÂMBITO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA REGULAMENTADO PELA RESOLUÇÃO ANEEL Nº 482/2012 - EXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO QUE POSSIBILITA A TRIBUTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DE MERCADORIAS - REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS - REALIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

4. ICMS-Energia e a discussão acerca da não inclusão da TUSD e da TUST de sua base de cálculo

Como bem leciona o professor José Eduardo Soares de Melo (2020, p.209), antes de adentrar na análise das possibilidades de incidência do ICMS-Energia, o mercado de energia, além de compreender uma cadeia de transmissão e distribuição, faz com que a tarifação da energia elétrica, fixada em função de diversos elementos econômico-financeiros, condições técnicas atreladas ao sistema de fornecimento, normatizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), considera consumidores qualificados nos seguintes casos (MELO, 2020, p. 209):

- a) Os consumidores livres (classificados segundo determinadas cargas próprias e tensão) que têm a opção de compra de quaisquer fornecedores, e decorrência do que o preço é estipulado segundo o mercado; e
- b) Os consumidores cativos (opção exclusiva de fornecimento por meio de concessionárias de atendimento de sua localização), fixando o preço correspondente ao do serviço pelo custo ou com base nos custos médios verificados, cabendo à Aneel estabelecer as margens de lucro permitidas.

O sistema em referência está estruturado com base nas leis nº 9.074/95 e 10.848/14, que preveem, em suma, um mercado para a compra de energia elétrica com dois ambientes de contratação: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), ou mercado cativo, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL) ou mercado livre. De regra, um está atrelado ao que se qualificou como consumidores cativos, e o outro ao que nos referimos como consumidores livres. A esse respeito, assim dispõe o artigo 1º da lei 10.848/2004:

A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica,

– MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. 1. Para a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é imprescindível a presença cumulativa dos requisitos atinentes à relevância da fundamentação em que se assenta o pedido e ao receio de dano difícil ou incerta reparação, caso a pretensão venha a ser atendida somente por ocasião do exame do mérito da demanda. 2. Em sede de cognição sumária, marcada pela precariedade, revela-se incompatível com os ditames da Constituição Estadual a interpretação dos arts. 2º, I, §1º, III e §4º e 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei nº 7.098/98 que possibilite a tributação, por ICMS, do sistema de compensação de energia solar e do uso da rede de distribuição local, ante a ausência de circulação jurídica de mercadorias e, conseqüentemente, da ocorrência de fato gerador do referido imposto.” (TJMT – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1018481- 79.2021.8.11.0000, Rel. Des. Maria Aparecida Ribeiro, julgamento em 10.02.2022)

bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

Assim, o denominado ACR atende a grande maioria da população em geral e nele as concessionárias de distribuição atendem toda a demanda dos consumidores residentes na região para qual obtiveram a concessão, ou seja, aos denominados consumidores cativos. Em relação ao ACR, os consumidores situados na área de concessão da distribuidora local estão obrigados a comprar energia elétrica dessa distribuidora, pagando, para tanto, as tarifas definidas pela ANEEL.

Em regra, os consumidores inseridos no ACR celebram contratos de adesão com as distribuidoras, por meio dos quais paga-se pelo fornecimento da energia e pela utilização da estrutura disponibilizada por estas. Assim, as distribuidoras, além de repassarem o valor pelo consumo de energia para os consumidores finais (parte da tarifa de energia, ou TE), também são remuneradas pela disponibilização da infraestrutura necessária para a efetivação da distribuição de energia (compreendidos os postes, torres de distribuição de energia elétrica, fios elétricos, transformadores e subestações de distribuição). Essa remuneração se dá pela TUSD. Para tanto, no contexto do ACR, a remuneração das distribuidoras se dá via TE, que compreende o consumo de energia propriamente dito, além de outras parcelas adicionais, e TUSD, esta última remunerando as distribuidoras pela disponibilização da sua infraestrutura.

Por outro viés, o ACL atende consumidores de maior porte, assim compreendidos aqueles que consomem uma grande quantidade de energia elétrica¹⁶⁷. No ACL estão as grandes indústrias, shoppings, supermercados, universidades e etc., de sorte que cabe mencionar que a migração do ACR para o ACL por parte do consumidor é opcional, isto é, o consumidor, desde que atingido o requisito mínimo de consumo, pode optar por comprar energia no ACL, sem que se impeça que continua, à sua livre escolha, comprando energia no ACR, sendo atendido diretamente pela distribuidora local. Assim, no ambiente livre, os consumidores firmam contratos específicos, bilaterais, para fins de aquisição de energia elétrica diretamente de geradoras/comercializadores de energia elétrica, contratos estes denominados CCEAL.

No que diz respeito ao CCEAL, ao contrário do que ocorre no contexto do ACR, as geradoras/comercializadoras são remuneradas pela venda da energia elétrica de acordo com os preços livremente negociados com o consumidor. Na compra de energia no ACL, o consumidor não paga a tarifa da distribuidora definida pela ANEEL (TE), como ocorre no ACR, mas sim o valor negociado diretamente com o seu fornecedor de energia elétrica. Entretanto, em que pese a aquisição de energia se dar de forma livremente negociada entre as partes, a infraestrutura necessária para o efetivo recebimento dessa energia pelo consumidor ainda é disponibilizada pela distribuidora na qual ele está fisicamente conectado, devendo a distribuidora ser remunerada por essa disponibilização. Desse modo, para possam usufruir da infraestrutura da distribuidora, esses consumidores do ACL celebram o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), por meio do qual será estabelecida a remuneração pelo uso da infraestrutura da distribuidora (TUSD).

Importante saber é que, independentemente do ambiente de contratação a que se refere, seja o ACR, seja o ACL, a TUSD e a TUST não devem compor a base de cálculo do ICMS-Energia, por escapar à materialidade desse imposto, como será melhor demonstrado.

A LC nº 87/96 (Lei Kandir), em linha como prevê o sistema constitucional tributário brasileiro, particularmente a partir das disposições contidas tanto no art. 146 como do art. 155 da Constituição, tratou de melhor delinear os aspectos gerais do tributo em questão e, nos termos do seu artigo 2º, citou suas possíveis hipóteses de incidência, conforme se extrai de seu art. 2º:

Art. 2º O imposto incide sobre:

¹⁶⁷ Podem adquirir energia no ACL os consumidores que consomem a partir de 500 kW (quilowatts) por mês, nos termos do § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427/1995.

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Nesse contexto, o tributo em questão poderá incidir sobre a comercialização de energia elétrica, identificando-se com a hipótese listada no art. 2º, inciso I, da Lei Kandir, por entender-se que a energia é espécie sujeito à atividade mercantil, e, nesse particular caso, seria qualificada como mercadoria. Assim, e em consonância com voto produzido pelo Exmo. Min. Sepúlveda Pertence no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) nº 176.626-3/SP, "(...) mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo".

Notadamente em relação ao tratamento da energia elétrica como mercadoria, o STF firmou o seu entendimento na linha de que a energia elétrica "é objeto de comércio; é mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado, inclusive para fins tributários"¹⁶⁸, de sorte que a materialidade do ICMS-Energia, por conseguinte, estaria circunscrita à operação circulação de energia elétrica, configurando, assim, uma genuína atividade mercantil sujeita à incidência do ICMS, satisfazendo-se a pretensão arrecadatária dos Estados e Distrito Federal nesse aspecto.

Ainda dentro desse contexto, faz-se mister definir e perquirir acerca do que vem a ser definido como operação de circulação dessa mercadoria e se questionar acerca da possibilidade de a TUSD e da TUST, assim como outros componentes assessórios da Tarifa de Energia (TE), que não remuneram propriamente a energia adquirida por quem a

¹⁶⁸Agravo Regimental nº 1607/MS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.04.2015.

consome, poderem compor a denominada *operação de circulação de mercadoria*, no caso de energia, de modo a eventualmente justificar a incidência do ICMS em tais casos.

Acima de tudo, a questão possui pano de fundo eminentemente constitucional, na medida em que a regra de competência do ICMS, atrelada a todos aqueles signos linguísticos explorados em tópico antecedente a este, como o de mercadoria, de circulação e de operação, devem conduzir a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do tema, tanto em âmbito de lei complementar como lei ordinária, especialmente no que diz respeito à determinação da base impositiva que pode ser eleita pelo legislador ordinário e cada ente federado, o que não é diferente para o ICMS-Energia.

Como se pode demonstrar a partir da análise pormenorizada dos autos do Recurso Extraordinário nº 540.829, submetido ao rito da Repercussão Geral, ficou definido que incide o ICMS "somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda)", vinculando-se, portanto, à teoria da circulação jurídica, conforme já tratado em tópico precedente. O âmbito constitucional do ICMS se definiu na jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que a circulação em questão deve ser jurídica, não meramente um deslocamento físico ou uma marcha de produção ao consumo, ou seja, o fato gerador do imposto pressupõe a transferência de domínio do bem transacionado.

Na situação que compreende o ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica, o elemento referente à transferência de domínio ou propriedade do bem (energia) deve ser observado com a maior cautela, haja vista as particularidades que lhes são próprias, de modo que, diferentemente do que ocorre com outros bens, que são corpóreos e, por conta disso, tangíveis, a transferência da propriedade ao consumidor da energia ocorre com o efetivo consumo pelos aparelhos aptos para tanto (v.g., lâmpadas, maquinário, aparelhos elétricos etc.), à medida que são efetivamente utilizados, sendo esse, inclusive, o parâmetro de definição da quantidade consumida, medida em unidade *watts*.

Desse modo, o que efetivamente determina a circulação jurídica no caso da circulação da energia elétrica, como mercadoria juridicamente qualificada, em sentido notoriamente particular em relação a outro bem objeto de comércio, se dá a partir da constatação de seu consumo, o que requer um certo cuidado na análise a ser realizada no caso concreto.

A respeito disso, vale ressaltar que é impossível adequar a TUST e a TUST, assim como parte da TE, enquanto componentes dessa hipótese de incidência do ICMS, assim caracterizada pela jurisprudência a partir da transferência de domínio e pelo consumo, tendo em vista esses valores não remuneram a transferência de propriedade da energia disponibilizada ao consumidor, mas tão somente representam o veículo por meio do qual

isso seja realizado, além do que não é possível considerar que a energia elétrica seja gerada sem ser consumida, de sorte que todo esse processo ocorre instantaneamente, de modo que não há como se falar em uma circulação jurídica, com a transferência de propriedade ou domínio do bem (energia), logicamente antes de ser ela consumida por seu destinatário.

Tanto a TUST como a TUSD remuneram estruturas prévias de transmissão e distribuição de energia, as quais possibilitam a circulação meramente física de energia; mas, nem por conta disso, têm a potencialidade de configurar o aspecto material de incidência do tributo, como depois ficou consignado pela LC nº 194/22, representando, em verdade, apenas um meio que possibilita que a circulação jurídica venha a ocorrer na etapa final do consumo, de sorte que a mesma situação ocorre em relação aos demais componentes da TE, referentes ao transporte, a encargos e a perdas, e que, por via de consequência, não remuneram a energia propriamente dita, mas sim possuem outras destinações. Nesse contexto, importante mencionar que tais serviços representam estruturas, instrumentos à circulação da energia elétrica, e não etapas da operação de circulação de mercadoria, de modo que o ato de mercancia, com transferência de titularidade e com objetivo ou fito de obter lucro, isto é, especulativo (que denominamos de **finalidade mediata**, intrínseca ao conceito qualificado de mercadoria), e, portanto, onerosamente qualificada em relação a quem a vende e a quem a adquire.

Noutra perspectiva, a razão de a aquisição de energia no mercado cativo ser feita por intermédio da distribuidora concessionária, por motivos regulatórios, não desconfigura a essência daquilo que cada uma dessas tarifas (TUSD e TUST) remuneram em uma estrutura, e, em outra (e apenas em parte), a compra (e consumo) da energia propriamente.

Não se deve confundir, equivocadamente, aquilo que se qualifica como atividade-meio daquilo que se refere à atividade-fim desempenhada no caso da comercialização de energia. Especialmente elucidativa é a doutrina de Roque Antonio Carrazza, propugnando que as atividades desenvolvidas pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica são atividades-meio que, apesar disso, devem ser separadas da atividade-fim, no caso, o fornecimento de energia, aduzindo que por “simplesmente viabilizar a prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica, a mera operação das precitadas redes e equipamentos das distribuidoras não pode ser tributada por meio de ICMS”¹⁶⁹, de sorte que a estrutura disponibilizada pelas distribuidoras seria, para o consumidor, uma prestação de serviço, afastando com maior razão a incidência do ICMS, cujo fato gerador é a circulação de mercadoria (Idem, 2015, p. 334).

169 CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 17. Ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 334.

Nesse sentido, não se confunde o TUSD e a TUST com um mero custo atrelado à operação de circulação da mercadoria, o que, em harmonia com essa posição, ficou consolidado em jurisprudência que se formou favorável aos contribuintes, como consta dos autos de Agravo Regimental em Agravo ao REsp. nº 845.353/SC, de relatoria do Min. Humberto Martins, no sentido de que "(...) O STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica – TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS", a exemplo de outros precedentes do Egrégio Tribunal que firmaram entendimento no mesmo sentido.

Importante mencionar, ainda, que a Resolução Normativa nº 414/10 da ANEEL reafirma o entendimento, aparentemente coerente, no sentido de que a circulação jurídica da energia elétrica ocorre com e para o consumo, conforme segue: "O ponto de entrega é a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via pública com a propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora, exceto quando: (...)".

Tecnicamente, como se depreende de uma análise dos aspectos regulatórios relacionados ao tema, pode-se inferir que o momento de entrega da energia ao consumidor ocorre com a conexão entre sistemas elétricos disponibilizados pela estrutura aqui detalhada, necessariamente no momento em que o consumo de energia elétrica é individualizado por meio de apontamento do medidor no caso do mercado cativo, e, no caso do mercado livre, isso ocorre com a quantidade de *watts* definida em contrato especificamente firmado com o consumidor, de maneira que se pode inferir que não há momento de armazenamento ou, até mesmo, estocagem da energia, de modo a se poder falar em genuínas etapas da cadeia mercantil em que ocorre venda e revenda da energia, mas mera passagem física, de modo que vale mencionar o teor a Súmula 166/STJ, ao definir que "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Isso reforça o argumento ora sustentado.

Pode-se inferir, com base nisso, que o fato gerador do ICMS é a operação de circulação jurídica de energia elétrica, o que ocorre somente com a geração-consumo instantânea, devendo, portanto, o ICMS incidir apenas sobre a parcela da TE que remunera especificamente o consumo dessa energia, e nada mais que isso, por não ter relação direta, mas meramente adjacente, com a materialidade do tributo em apreço.

Desse modo, tanto a TUST como a TUSD, assim como os demais componentes da TE vinculados ao transporte, aos encargos e às perdas, por outro lado, têm o potencial de remunerar tão somente outros elementos desvinculados da efetiva aquisição/consumo

de energia elétrica, de modo que não constituem fato gerador do imposto, haja vista que isso fica notoriamente sedimentado ao se analisar que não há qualquer finalidade especulativa, com fito de lucro, muito menos uma circulação que se qualifique como jurídica direta ou indiretamente vinculada a tais montantes, de forma que não estão atreladas à aquisição da energia em tais casos. Em outras palavras, os montantes representativos à TUSD e à TUST estariam notoriamente fora do âmbito de incidência do imposto.

Nesse contexto, a matéria é considerada ainda controvertida no STJ, de modo que a questão deverá, assim, ser definida, em breve, pela Primeira Seção, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, momento em que deverão ser julgados três recursos que versam sobre o tema, quais sejam o REsp. nº 1.692.023, o REsp. nº 1.699.851 e o EREsp. nº 1.163.020, o que deve por fim à remanescente controvérsia.

5. Necessário efeito interpretativo extraído da LC nº 194/22 em relação à não incidência do ICMS-Energia sobre a TUST e a TUSD

A Lei Complementar nº 194, de 2022, veio deixar claro e inquestionável, conforme sua função constitucional (art. 146, incisos II e III, da Constituição Federal), a natureza jurídica do TUSD e da TUST, declarando que se trata de caso de não incidência do ICMS-Energia.

Dizer que se trata de não incidência quer dizer que o tributo nunca deveria ter incidido sobre tal montante referente aos serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica, ou seja, tendo efeitos *ex tunc*, o que difere totalmente de um caso de isenção, em que a norma vale dali para frente (*ex nunc*). Tal interpretação decorre da expressa inclusão, por parte do legislador complementar, do artigo 3º, inciso X, da LC 87/96 (Lei Kandir) que expressamente passou a dispor:

Art. 3º O imposto **não incide** sobre:

(...)

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (grifos próprios)

Tal disposição veicula de forma clara e evidente um caso em que o tributo jamais poderia ter incidido, inclusive em relação ao passado, por se tratar de caso expresso de não incidência, como os demais casos elencados também no art. 3º da LC nº 87/96, que se tratam seja de casos de não incidência simples, por estarem completamente fora do âmbito de competência do ICMS, como de não incidência qualificada (imunidade), como, por exemplo, no caso inciso I do art. 3º, de modo que não há qualquer caso de isenção no rol extraído a partir desse dispositivo.

Isso quer dizer que, seja em caso (i) de não incidência simples (ou seja, completamente fora do âmbito de competência dos Estados para instituir ou cobrar o tributo), como é o caso da TUSD/TUST e outros encargos atrelados ao serviço de distribuição, seja em caso (ii) de não incidência constitucionalmente qualificada (v.g., art. 3º, inciso I, da Lei Kandir), o legislador ordinário sequer pode exercer o seu poder impositivo em tais casos, assim como a Fazenda estadual não pode se fazer valer de qualquer pretensão arrecadatória, o que – reforce-se – em nada se confunde com um caso de concessão de uma isenção por parte do entre tributante.

A título ilustrativo, para Amílcar de Araújo Falcão, a imunidade seria “(...) *uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas elo estatuo supremo.*”¹⁷⁰. Também nesse sentido, José Souto Maior Borges afirmara que a imunidade é uma “*hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada*”¹⁷¹. Em sentido semelhante, Aliomar Baleeiro já ensinava que “*disposição da lei maior que vedam ao legislador ordinário decretar impostos sobre certas pessoas, matérias ou fatos, enfim, situações que define. Será inconstitucional a lei que desafiar imunidades fiscais*”¹⁷². Assim como na hipótese de não incidência simples, a não incidência qualificada impede que o legislador ordinário venha a instituir tributo sobre tais materialidades, tendo em vista que, em final de contas, as imunidades também definem, em sentido negativo, a competência tributária.

Em outras palavras, os casos de não incidência previstos no art. 3º da referida lei complementar têm intuito didático, no sentido de deixar claro aqueles casos que, seja por estarem notoriamente fora do âmbito de competência dos Estados em relação ao ICMS, seja por se tratar de vedação constitucional via imunidade (não incidência qualificada), obstam a atuação do legislador ordinário em qualquer sentido, independente da pré-existência do disposto no art. 3º.

Com isso, o legislador complementar só confirmou e sedimentou entendimento há anos sustentado pela quase unanimidade da doutrina especializada sobre o tema, de forma a entender que o ICMS-Energia jamais poderia ou deveria ter incidido sobre o montante tributário referente a tais encargos atrelados aos serviços de transmissão e

170 FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 2. ed. - anotações e atualizações por Geraldo Ataliba - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 117.

171 BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

172 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. - 17ª ed. revista e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo -. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 374.

distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica (v.g., TUSD/TUST).

6. Conclusão

Com base no exposto, parece não haver fundamentos para que incida o ICMS-Energia sobre a parcela referente à TUST e a TUSD, assim como outros encargos que compõem a TE, tendo em vista tratar-se de hipótese de não incidência do imposto, sob pena de malferimento à regra constitucional de competência do imposto e à reserva de lei complementar para tratar do assunto, como foi feito a partir da edição da Lei Complementar nº 194/2022, com suas alterações introduzidas no art. 3º da Lei Kandir, o que veio a reforçar o princípio da legalidade tributária, tendo em vista ser matéria que não pode ser revogada ou tratada por medida provisória (Emenda Constitucional nº 32/2001).

Isso se dá ao fato de que os elementos essenciais para a configuração do fato gerador do ICMS não estariam presentes no caso em tela, o que conduziu, inclusive, como já mencionado, o legislador complementar a esclarecer de forma uniforme a todos os Estados da Federação a questão, ao passar a prever que os "*serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica*" (art. 3º, inciso X, da LC nº 87/96) compreenderiam casos de não incidência do imposto, justamente por sua falta de relação com a circulação jurídica da energia, atestada a partir da aquisição/consumo da energia.

A lei complementar exerceu nesse caso a sua particular função de norma geral (art. 146, inciso III, da Constituição Federal) e como regulamentadora das limitações ao poder de tributar (art. 146, inciso II, da Constituição Federal) dos Estados, preservando assim uma garantia à preservação do pacto Federativo, evitando-se tratamentos fiscais díspares e incongruentes entres estes entes da Federação, no que diz respeito à matéria em apreço.

Bibliografia:

ATALIBA, Geraldo. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.

_____. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1978.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. - 17ª ed. revista e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo -. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Lei no. 10.406**, de 10 jan. 2002. (Código Civil) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 ago. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 16ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **ICMS**. 17. Ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **A regra matriz do ICM**. Tese de livre docente em Direito Tributário na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1981.

_____. Hipótese de incidência e base de cálculo do ICM. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O fato gerador do ICM**. Cadernos de Pesquisas Tributárias. n. 3. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Curso de direito empresarial 2: Direito Tributário**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1976.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 2. ed. - anotações e atualizações por Geraldo Ataliba - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

MACHADO, Hugo de Brito. **Normas Gerais de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Aspectos fundamentais do ICMS**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: revista dos Tribunais. 1967.

_____. **Tratado de Direito Privado**. V. 3. São Paulo: Ed. Borsoi, 1954.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Edições Financeiras, 1954.

SOUZA, Hamilton Diaz de. O fato gerador do ICM. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O fato gerador do ICM**. Cadernos de Pesquisas Tributárias N. 3. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Lisboa: Livraria Clássica, 1918.

RUIZ, Manuel Olivencia. Derecho mercantil y derecho de la empresa. In: SANCHEZ, Guillermo J. Jiménez (coord.). **Derecho Mercanti**. 9. ed. Madrid: Ariel, 2004.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DA TUTELA DE DIREITOS COMO MECANISMO QUE GARANTE A CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

THAIS KARINE DE LIMA XAVIER ARRUDA:

Advogada, Docente em Direito no Centro Universitário Escritor Osman da Costa Lins – UNIFACOL; Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho; Pós Graduada em Gestão Pública¹⁷³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar as transformações no cenário das tutelas dos direitos de natureza coletiva e interesses transindividuais no que diz respeito à celeridade da prestação jurisdicional, de acordo com a previsão do Código de Processo Civil. Verificam-se novos rumos do Poder Judiciário e da sociedade que o formalismo da clássica e tradicional estrutura burocratizam a realização do direito material que precisa ser prestado com urgência e eficácia. Com uma abordagem qualitativa e de caráter descritivo, para o desenvolvimento do presente artigo foram realizadas pesquisas bibliográficas, legislativas e institucionais a partir dos mais variados campos da área do saber. Convém esclarecer que esta pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade com o assunto, porém, como se verá adiante tornou-se um assunto de relevância social e sua discussão é inesgotável quando consideramos as diversas discussões e opiniões sobre o assunto.

Palavras-Chaves: Tutela. Celeridade. Prestação Jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados com grandes transformações no cenário das tutelas dos direitos de natureza coletiva e interesses transindividuais, destacando-se a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a Ação Civil Pública, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, do Estatuto da Criança e Adolescentes, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, dos Direitos dos Consumidores e Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que disciplinou a Improbidade Administrativa.

Desta forma, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se fez necessário a introdução de mecanismos que atendessem a celeridade da prestação jurisdicional e disciplinassem o Código de Processo Civil de 1973, como também de instrumentos eficazes para as ações que tratavam das tutelas constitucionais acima elencadas.

A reforma processual de 1994, com a introdução da tutela antecipada, foi a que mais aperfeiçoou os mecanismos que anteriormente existiam, tendo se aprofundado na própria

¹⁷³E-mail: thaisxavieradv@gmail.com

estrutura do sistema processual civil, dando novos rumos ideológicos ao processo e rompendo a clássica e tradicional estrutura que tratava de separar as demandas em vias autônomas, que ao final tinham por único objetivo a realização do direito material, que necessitava de prestação com urgência e eficácia.

Assim, esses novos rumos disciplinaram um processo com menos formalismos para que quando a sociedade se socorresse ao judiciário não se deparasse com obstáculos para a realização do seu direito. Igualmente, exige-se do intérprete do direito, quando da utilização de tal instrumento, que este, através da hermenêutica, se adapte à nova realidade social.

2 CONCEITO DE TUTELA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO ROMANO

O conceito de tutela vem da palavra latina *tuer, tueri*, que é a forma com que se olha, observa-se, protege-se, e com este significado dão sentido ao verbo e substantivo tutor e tutela, e empregados nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional.

Conforme conceitua Zavascki (2008, p.5), ao Estado confere-se o papel de criar as normas reguladoras da convivência social e ainda o compromisso de exercer o poder de fazer valer o cumprimento destas normas e manter a paz social; “Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.”

Foi no século I. a. C que se iniciou uma ampla reformulação na entrega da tutela jurisdicional, que até então a tarefa estatal ia até o conhecimento e o julgamento estava a cargo de uma fase arbitral privada, que transformava em uma bipartição de procedimentos.

Esta reformulação acabou por tornar em um único sistema processual, ou seja, fase de conhecimento e execução nas mãos do próprio poder do estado. Mas mesmo assim, ao passo das grandes conquistas de se buscar a racionalidade e segurança ao processo, junto estava a morosidade na solução da lide para aqueles que necessitavam da prestação do estado, como exemplo as ações de esbulho.

Como observa Theodoro Junior (2007, p. 232), ao longo da história do direito foram sendo criados vários procedimentos para melhor realizar o direito material:

Por isso, com fundamento no imperium do magistrado e com inspiração na equidade, vários institutos processuais foram sendo concebidos para complementar e agilizar a tutela judiciária dos direitos, dentre os quais se destacavam os interditos e outros expedientes mandamentais, utilizados pelo pretor na fase *in iure* do

procedimento, isto é, antes que o iudex viesse a atuar e sentenciar (fase apud iudicem). Sua origem, portanto, foi tipicamente pretoriana.

Os avanços continuavam, mas somente no século XX que o papel do juiz deixou de ser apenas de um espectador que somente assistia o litigante mais hábil chegar à vitória na lide, para então poder apreciar as provas e produzir outras que fossem levadas ao seu convencimento.

Ainda nesse sentido, Theodoro Junior (2007, p.15) destaca que o sistema processual é o meio mais adequado para administrar as relações entre partes e manter a ordem social: “O processo civil passou então a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares.”

Com o passar dos tempos os novos direitos no campo social e econômico foram surgindo, exigindo assim mecanismos que fizessem impor o respeito e organizar a administração da justiça no meio da sociedade.

O processo como sendo uma instituição que garante os direitos procedimentais através dos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, direito ao advogado, como também da efetividade do estado Democrático de Direito, vem assim substituir a autotutela, e prestar as garantias para a realização dos direitos concernentes à vida, liberdade, dignidade e patrimonialidade da sociedade.

Nas lições de Zavascki (2008, p.7), para o Estado promover a tutela jurisdicional àqueles que dele se socorre, dividiu-se a doutrina nas tutelas de cognição, cautelar e execução. Sendo na primeira a certificação do direito, na segunda as garantias para efetivação da execução do direito, e por final a realização do direito: “À prestação decorrente do primeiro conjunto de atividades jurisdicionais se denomina tutela de conhecimento, ou de cognição; e à outra, tutela de execução ou executiva.”

A tutela jurisdicional, na visão doutrinária, vem dar amparo e defesa na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos individuais e coletivos, para organizar o convívio social e impor seu poder sobre a vontade de todos, inclusive utilizando de meios de coerção para manter o Estado de Direito.

Assim, o Estado ao assumir este compromisso da aplicação das normas, não poderia deixar obstáculos de acesso ao poder judiciário, como a apreciação de qualquer “lesão ou ameaça de direito”, segundo dispõe o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, criando com isto os procedimentos cautelares, medidas nas quais se garante o resultado final da tutela jurisdicional ao detentor do direito material, ameaçados de perecimento.

As tutelas de conhecimento, executiva e cautelar foram introduzidas pelo legislador brasileiro de 1973 no Código de Processo Civil, em “processo”, “ações” e “procedimentos”, separados em livros específicos.

No processo de conhecimento se busca na lide a declaração da vontade concreta da lei, e a cautelar tem por escopo para a maioria da doutrina, garantir a efetividade e segurança da prestação jurisdicional, no desenvolvimento da atividade de conhecimento e execução, ainda que em juízo sumário de cognição, diante de uma situação de perigo que se apresente.

Embora não seja tema do presente estudo, resta trazer comentários a respeito da divergência que existe entre a tutela cautelar e satisfatividade, pois a partir deste ponto e aliado ao fato da evolução da sociedade, que o legislador brasileiro se viu obrigado a introduzir o instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil.

Silva (2009, p.25) comenta sobre as principais características das medidas cautelares na visão de Calamandrei, o qual atribui o efeito de provisório para algo que será substituído por definitivo:

Diante do exposto, observa-se que mesmo entendendo que a provisoriedade tem atrelada a ideia de antecipação, ainda assim, Piero CALAMANDREI afirma a provisoriedade dos procedimentos cautelares. Partindo desta concepção, reconhece a existência de cautelares satisfativas.

Baptista da Silva (1993, v.3, p. 39-42) assim diverge da teoria de Calamandrei quando cita a temporariedade como atributo das cautelares e não a provisoriedade, pois para ele a tutela cautelar deve durar enquanto uma situação de perigo estiver ameaçando o direito da parte:

A ideia de antecipação, como alguma coisa inerente aos provimentos cautelares, brota naturalmente da doutrina de CALAMANDREI, pois, tratando-os como medidas provisórias cujo destino irremediável será sua substituição pelo provimento definitivo, o jurista pressupõe que o provimento definitivo tenha a mesma qualidade, ou contenha os mesmos efeitos que o provimento cautelar deverá ter produzido antecipadamente. Do contrário, não poderia haver absorção dos efeitos da medida por ele considerada cautelar, pela sentença definitiva. Se a medida for capaz de substituir os efeitos produzidos pela cautelar, é porque esses efeitos devem ser próprios, inerentes, internos à sentença definitiva. CALAMANDREI não contrapõe a

cautelaridade à satisfatividade e sim à definitividade. Para ele, o elemento que distingue as duas categorias é a circunstância de ser a medida cautelar provisória e, como tal, oposta às providências definitivas. Para nós, ao contrário, as medidas cautelares devem ser temporárias e não provisórias[...]

Neste conceito a provisoriedade do provimento é algo que será substituído por algo definitivo, e a satisfatividade na visão de Calamandrei, citado por Silva (2009, p.41), é característica das cautelares, acrescentando o ponto fundamental no qual a divergência doutrinária se divide:

Entretanto, o legislador manteve a teoria de Piero CALAMANDREI no Livro III, que trata do Processo Cautelar. Ou seja, o artigo 273 contempla a tese de um doutrinador que não aceita a existência de cautelares satisfativas e todo o livro das cautelares continua ainda contemplando as ideias de outro processualista que expressamente aceita as cautelares satisfativas.

Tratando os provimentos em momentos distintos, Theodoro Junior (2008, p.44), afirma que somente as ações de conhecimento podem tratar da declaração e satisfação do direito alegado pelas partes, enquanto as cautelares operam na garantia do resultado final da lide:

Não se pode fazer confusão entre o processo principal e o cautelar, porque aquele se encarrega de provimentos satisfativos no plano do direito material controvertido, ao passo que o último apenas opera no plano dos provimentos conservativos (preservação dos elementos necessários para assegurar o resultado prático do processo principal).

Em relação às posições acima, Marins (2008. p. 75) considera o conceito de satisfatividade no âmbito das cautelares como proteção jurídica ao direito material e, admitindo que quando a lide versar sobre valores maiores a serem tutelados com urgência, não deve o processo servir-se de formalismos rigorosos.

Em razão do exposto, parece-nos lícito concluir que a cautelaridade não tem como limite a satisfação fática, mas sim a satisfação jurídica, no sentido de que é vedado ao juiz no processo cautelar declarar, constituir e condenar, e, portanto, satisfazer pretensão autônoma do interessado. Os limites da cautelaridade vão até onde determina a necessidade de assegurar a eficácia da atividade jurisdicional, observados os pressupostos. Se, para tanto, houver exigência do processo, tendo em vista os valores, que deve preservar, de se adotar

providência que implique satisfação fática, isto de modo nenhum deve ser obstáculo para a concessão da medida.

Marinoni (2009, p.106-107.), seguindo a maioria da doutrina, em posição de que não há satisfação nas cautelares, ao observar uma diferenciação entre tutela cautelar e tutela sumária satisfativa, destaca a referibilidade do direito acautelado como próprio das cautelares:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é "satisfativa sumária". A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

Diante das diferentes abordagens trazidas pela doutrina em relação à tutela sumária satisfativa, se era ou não prestada dentro das ações cautelares inominadas, nosso Código de Processo Civil, então assim foi alterado pela edição da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

3 A LEI 8.952/1994 E A INTRODUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Antes do ano de 1994, ou seja, com o advento do Código Civil de 1973, passou-se a existir o livro próprio dos processos cautelares, nos quais se utilizava o poder geral de cautela quando houvesse lesão grave e de difícil reparação no âmbito processual.

Assim, os procedimentos cautelares eram usados para se antecipar o direito material, pois não havia outro instrumento quando se necessitava de uma tutela de urgência e, aliado ao fato do aumento da população e a facilidade de acesso ao judiciário, fez com que os tribunais ficassem abarrotados de medidas cautelares inominadas, gerando então polêmica sobre a legitimidade do processo cautelar para satisfazer o direito material, abrindo margem para as chamadas cautelares satisfativas.

O legislador então preocupado com o grande tumulto das medidas liminares proferidas, ainda contra a administração pública, cuidou logo de editar normas que limitassem essas tutelas provisórias, como exemplo foi a Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que regulou as concessões de medidas liminares contra o Poder Público.

Através desta preocupação o legislador reconheceu a possibilidade da medida cautelar antecipar o direito material dentro do poder geral de cautela do juiz, fazendo então com que se aumentasse o número de ações cautelares objetivando experimentar os efeitos do direito que só seria dado em futura sentença, contrariando o fim principal do processo cautelar, que era garantir o resultado final do processo principal ou o direito de quem pleiteava.

Adveio assim, a reforma processual de 1994, através da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a qual deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, dando poder ao juiz de conceder os efeitos do direito material, integralmente ou parcial, em sede de antecipação de tutela:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. §1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. §2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. §4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles mostrar-se incontroversos. §7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Artigo 273 do Código de Processo Civil). (BRASIL, 1973)

Ao tratar do tema, ensina Marinoni (2009, p.23), “A tutela antecipada constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.”

Seguindo o tema, Santos (2008, p. 135):

Introduzida pela Lei nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a tutela antecipada surge como uma resposta do legislador à necessidade de dar celeridade ao processo, cumprindo com seu ideal de efetividade, além de normatizar as antecipações dos efeitos das tutelas conferidas, até então, por meio de ações cautelares inominadas.

Tal instituto veio para organizar o procedimento cautelar e também pelo fato de a problemática enfrentada na sociedade quando chegavam às portas do judiciário, pois além de necessitar da prestação jurisdicional do Estado, se deparava com outro entrave que era a morosidade do procedimento, sobre o qual se fazia uma má distribuição de tempo no processo para somente beneficiar o réu.

Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 296):

É o autor quem fica prejudicado, porque a demora no processo impossibilita que ele veja a sua pretensão apreciada e satisfeita em curto espaço de tempo. É notório que muitos réus utilizam-se da demora do processo, explorando-a como forma de minar a resistência do autor, a ponto de obrigá-lo, muitas vezes, a aceitar acordos desfavoráveis ou, o que é mais grave, a renunciar à busca da tutela jurisdicional.

Assim, poderes foram atribuídos ao juiz para que, com base em cognição sumária, autorize a parte postulante a experimentar os efeitos da sentença de mérito, que se daria somente depois de transitada em julgado.

Mesquita (2002, p. 407) acrescenta sobre a importância que a instituição da tutela antecipada deu ao ordenamento, evoluindo a forma de se pensar do processo, em consonância com os mecanismos processuais voltados à efetividade do direito:

O poder concedido ao julgador para a concessão de tutelas antecipatórias traduz-se em uma importantíssima evolução processual, consoante se afirmara antes, pois não se poderia mais conviver com o vetusto tradicionalismo que só concebia a produção de efeitos práticos após a sentença de acerto transitada em julgado.

Reconheceu, a doutrina, um grande passo na efetividade do processo, que seria o rompimento da lentidão da justiça no âmbito do judiciário e a eliminação da exigência de instauração de um novo processo para no caso de providência que antecipasse os efeitos da sentença de mérito.

4 A TUTELA ANTECIPADA E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O Estado para tutelar os conflitos e garantir aos cidadãos a defesa dos seus direitos, se viu diante das pressões sociais no que diz respeito à morosidade dos meios de concretização do direito material, obrigado a buscar através dos princípios fundamentais um regramento para a efetividade da proteção jurídica, que foi através da adoção das tutelas de urgência, dentre elas a tutela antecipada.

Para Zavascki (2008, p. 68), o legislador quando introduziu tal instituto, na tentativa de solucionar o problema da falta de celeridade e buscar por um processo justo, colocou em choque o direito da efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, que estão dentre os princípios constitucionais fundamentais. Advertindo, entretanto, que ao juiz está a tarefa de formular a solução harmonizadora na ocorrência de colisão de direitos, recorrendo-se assim as medidas antecipatórias ou cautelares, como bem destaca:

Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora.

Assim, mesmo ocorrendo riscos em relação ao confronto dos princípios constitucionais acima elencados, a alteração introduzida no Código de Processo Civil, pela reforma de 1994, possibilitou a efetividade da realização do direito, mas desde que estabelecidos e demonstrados certos requisitos para a concessão da medida.

A tutela antecipada, para ser efetiva, precisou encontrar um ponto de equilíbrio constitucional, proporcionando às partes um resultado almejado no direito material, e aí a doutrina propõe a ideia da técnica processual, voltada para a flexibilização de certas regras.

Bedaque (2006, p. 51) conceitua que: “O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações.”

Acompanhando o tema Wambier, Almeida e Talamini (2006, p.323) quando colocam em choque os princípios constitucionais que devem ser observados na antecipação dos efeitos da tutela, discorrem:

Reputou-se ser maior o risco de injustiças derivadas de uma resposta jurisdicional intempestiva do que o risco de injustiças advindo da incorreta antecipação de tutela. Assim, para diminuir esse segundo

risco, estabeleceram-se precisos pressupostos e condições para a antecipação da tutela.

Assim, com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, as oportunidades para concessões de provimentos antecipados de mérito foram ampliadas, exigindo o legislador certos pressupostos para a aplicação da tutela antecipada, com o intuito de equilibrar os riscos em sua utilização.

Nas lições de Machado (1999, p. 31), a natureza jurídica da tutela antecipada tem natureza puramente cautelar, pois na redação do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, os requisitos para o deferimento não levam os efeitos para o plano do direito material, e sim para dentro do sistema processual, com a eliminação do perigo de dano.

[...] como sempre entendemos, mesmo antes da Reforma, a circunstância do provimento jurisdicional antecipar efeitos fáticos da sentença de mérito não lhe retira o caráter cautelar, porque este não depende do que a decisão cautelar faz no mundo material (antecipar efeitos da futura sentença), mas sim do que ela faz no mundo processual (a eliminação do *periculum in mora*).

Sendo espécie do gênero tutelas de urgência diferenciadas, a tutela antecipada embora faculte atos executivos à parte, antes da sentença, advém de uma providência de natureza jurídica mandamental, tendo por fim entregar ao postulante uma prestação máxima de efetividade jurisdicional a um direito que está em jogo, conforme é comentado por Nery Junior (2007, p.453):

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução "latu sensu", com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Em interpretação semelhante que a tutela antecipada produz efeitos ao início do processo de conhecimento dando ao autor as consequências que somente a sentença traria ao final da demanda, Marinoni (2009, p.44) em sua obra acerca do assunto descreve:

Não é apenas a qualidade da coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento, nem é apenas a tutela marcada pela coisa

julgada material que incide sobre as relações substanciais. A tutela satisfativa (de cognição sumária) realiza o direito material afirmado pelo autor, ou, em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, obviamente incidindo (ainda que, na angulação processual, de forma provisória) sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito através da tutela antecipatória é a realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente.

A instituição da tutela antecipada no processo de conhecimento levou parte da doutrina em admitir que além do adiantamento dos efeitos no todo ou parcial da tutela postulada com natureza satisfativa, tem ainda a característica de assegurar o risco à efetividade do direito, que poderia ocorrer na demora processual. E também fazer com que a norma jurídica produza resultados na realidade social e não somente no plano formal, como bem define Reale (2002, p.112), quando trata da validade técnico-jurídica para cumprir a norma jurídica na sua finalidade:

A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade.

Trata a maioria da doutrina que a tutela antecipada não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua execução de forma imediata.

Os requisitos da tutela antecipada expostos no artigo 273 do Código de Processo Civil se resumem pelo requerimento formulado pela parte, prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial. Convencimentos do juiz em torno da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como também caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, e possibilidade de reverter os efeitos da medida, caso a demanda venha ser declarada improcedente, conforme bem descreve Theodoro Junior (2007, p.412):

Além disso, o juiz para deferir-la deverá restar convencido de que o quadro demonstrado pelo autor caracteriza, por parte do réu, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, independentemente da postura do réu, haja risco iminente para o autor de dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento de mérito da causa.

Bertolo (2005, p.50) acrescenta que o legislador estabeleceu os requisitos e pressupostos em tal instituto, para o fim de assegurar os direitos do réu quando também devem se levar em consideração os do autor:

Há, no teor legal do art. 273, um fundamento bem assentado quanto aos requisitos necessários que permitem à parte a antecipação da tutela. O legislador teve a prudência de “cercar” o diploma de tal forma que, quando da necessidade de o magistrado optar por essa medida, o faça alicerçado em fundamento inequívoco de que caberá tal medida sem que para isso corra o risco de estar cometendo contra o réu – embora nos pareça remota esta possibilidade específica e principalmente para os casos em que se faz necessária a antecipação, via de regra para garantir direitos do autor.

O texto do dispositivo que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela, para dar segurança ao deferimento ou indeferimento de tal medida, exige, além da demonstração dos requisitos, que o magistrado quando da apreciação assim fundamente sua decisão.

5 TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR

Tal como estruturado no artigo 273 do Código de Processo Civil, a medida antecipatória na busca da antecipação dos efeitos finais que só se daria na cognição exauriente, reduziu intensamente a utilização das medidas cautelares inominadas, porém exigiu certos requisitos para seu deferimento, que são: “fundado receio de dano irreparável”, “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, e pela redação dada pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002: “antecipação da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, e ainda pressupostos concorrentes “prova inequívoca e verossimilhança da alegação”, que são objeto do presente estudo no próximo capítulo.

Já os requisitos da tutela cautelar, embora muito discutidos na doutrina, no que concerne o grau de semelhança e profundidade com os da tutela antecipada, são pontuados como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Para Marins (2008, p. 98), em referência ao *fumus boni iuris*, afirmou ser a constatação de um direito aparente:

O juízo de probabilidade ou verossimilhança, que o juiz deve fazer para a constatação do direito aparente é suficiente para o exame (deferimento ou não), do pedido de cautela. Havendo, portanto, a aparência do direito afirmado e que será discutido no processo

principal, mesmo que os elementos probatórios apontem na direção da existência de direito líquido e certo, eles não poderão ultrapassar, na formação da convicção do juiz, o limite da aparência. Ao juiz é vedado extravasar de seu campo de atuação no processo cautelar, limitado, no particular, à verificação do *fumus boni iuris*.

Baptista da Silva (1993, p.30) comentando sobre o *periculum in mora*, sustenta sua posição, na qual o direito material é quem pode sofrer um dano se aguardar o final de um processo moroso, e esta característica é protegida na esfera das cautelares:

A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função, poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente.

Zavascki (2008, p.47), ressaltando sobre as características entre cautelares e provimento antecipatório de antecipação de tutela prescreve que: “[...] a ação cautelar se destinará exclusivamente às medidas cautelares típicas, as pretensões de antecipação satisfativas do direito material somente poderão ser aduzidas na própria ação de conhecimento.”

A doutrina dominante e os tribunais trazem uma grande separação das linhas de pensamento entre cautelar e antecipação de tutela. Tratando a primeira de medida, para garantir os resultados práticos do direito pretendido pela parte ou da eficácia da ação principal, tendo como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Enquanto a segunda autoriza o postulante do direito invocado a experimentar os efeitos da decisão de mérito no início da tramitação dos autos, com fundamento em prova inequívoca de verossimilhança da alegação e *fumus boni iuris* mais aprofundado que nas cautelares.

O tempo sendo um fator preponderante para a duração processual, exige simultaneamente efetividade da jurisdição diante da realidade fática, incumbindo assim ao direito processual civil a busca de soluções para adequação do direito material à realidade social.

Precisou assim o direito processual criar mecanismos que se adaptassem rapidamente às mudanças da sociedade e a realidade socioeconômica, e foi com a aplicação do princípio da fungibilidade que permitiu certa flexibilização das formas processuais e uma melhoria na prestação jurisdicional.

A edição da Lei n. 10.444/2002, que dentre outras alterações introduziu o §7º, no artigo 273 do Código de Processo Civil, e autorizou a utilização da fungibilidade entre as tutelas de urgência, deixou ao arbítrio do juiz a discricionariedade de conceder ao autor uma tutela cautelar em caráter incidental, caso o pedido seja a título de antecipação de tutela e a providência seja de natureza cautelar, contudo estando presentes os seus pressupostos.

Porém, deixou o legislador de mencionar no texto se a autorização para a fungibilidade seria ampla, ou seja, admitindo o deferimento da tutela antecipada quando feito um pedido a título de cautelar.

Silva (2009, p.42) ao tratar do tema a respeito da fungibilidade entre as medidas cautelares e tutela antecipada, questiona a via inversa:

Hoje, em face do dispositivo legal supra transcrito, está praticamente pacificada a aceitação da fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares. Todavia, o grande problema que ainda persiste é da fungibilidade na via inversa ao §7º do artigo 273, entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Não há consenso a respeito do tema na jurisprudência e na doutrina [...]

Lamy (2009, p.91), em estudo sobre a fungibilidade das medidas, comenta que os requisitos autorizadores da cautelar são mais brandos dos que os necessários para a antecipação da tutela:

O legislador entendeu que seria menos adequado estabelecer o instituto da fungibilidade, no sentido da técnica cautelar, para a antecipada por motivos estruturais e técnicos referentes aos procedimentos e aos requisitos legais para a concessão das medidas, mas não necessariamente pela natureza das técnicas em si. Preocupou-se ele com o fato de que, ao conceder a antecipação em sede de requerimento cautelar, o juiz poderia estar, em princípio, criando uma nova ação e infringindo o princípio do ne procedat iudex ex officio (o juiz não deve proceder de ofício), como se o requerimento que se diz cautelar nunca pudesse valer ou ser interpretado por antecipação [...]

Já Marinoni (2009, p.129), em posição contrária, se fundamentando no artigo 461 do Código de Processo Civil, no qual o juiz não está vinculado ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, discorre que o juiz deve perseguir a medida adequada em prol da tutela específica:

Ademais, o autor pode requerer, como tutela antecipatória, providência diversa da solicitada como tutela final, mas que também seja capaz de garantir a satisfação do seu direito, ou, em outros termos, que também seja idônea para permitir a antecipação do bem da vida almejado. Neste último caso, embora a providência solicitada como tutela antecipatória não seja idêntica àquela postulada como tutela final, não é certo dizer que a providência que pode ser concedida antes de finalizado o contraditório não configure tutela antecipatória, uma vez que a própria lei, como já foi dito, permite ao juiz fugir do pedido para tutelar o direito. Ora, se o juiz pode, ao final, determinar providência diversa da solicitada, é lógico que ele pode determinar como tutela antecipatória (e não cautelar), providência diferente da requerida como tutela final, desde que configure medida idônea para satisfazer o direito em questão.

Teixeira (2008, p. 194), tratando do assunto, prescreve que as formas procedimentais no âmbito das tutelas de urgência necessitam ser repensadas:

Do exposto, resta claro que as diferenças procedimentais não podem servir como obstáculos à aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, devendo o sistema fornecer mecanismos de adaptação – e, igualmente, o órgão judicial buscar soluções criativas – para que o direito material não seja sacrificado por questões puramente formais.

Como examinado, as modernas formas e tendências do direito processual são voltados à efetividade, e ajustam-se ao mesmo tempo no direito material, exigindo que as regras processuais ultrapassadas e geradas com o formalismo exagerado, sejam flexibilizadas através de mecanismos conjugados aos princípios constitucionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso ordenamento processual civil, após a reforma de 1994, pela Lei 8.952 de 1994, muito se enriqueceu, rompendo concepções ultrapassadas e prestigiando uma visão de função social do processo sob a luz da Constituição Federal de 1988.

Dentre estes mecanismos está a Tutela Antecipada. Resposta dada pelo legislador para fazer frente a uma reforma no Código de Processo Civil, quando se trata de tutela de urgência, visando solucionar a lentidão da justiça e aproximar o direito processual do direito material.

Entretanto, esbarra a doutrina em um ponto fundamental quando da instituição da tutela antecipada e seus requisitos, os quais quando levados a uma interpretação gramatical pelo magistrado, dão ao processo um apego exagerado ao formalismo e com isto não satisfazem as reivindicações que levaram a introdução deste instituto no meio processual.

Desta forma a doutrina moderna e dominante se manifesta no sentido de que o processo muitas vezes não se traduz em um meio de realização do direito material, pois a rigorosa forma processual cria obstáculos aos mecanismos que ao longo da história do direito foram sendo reformados com a intenção de amenizar a morosidade no judiciário, e de demonstrar para a sociedade que a tutela jurisdicional é prestada de forma eficaz de acordo com o direito almejado.

Merece assim, certa flexibilização as técnicas de urgência, especialmente na prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito da tutela antecipada, para que a real vontade não só do legislador, mas de todos os doutrinadores que ao longo de anos percebendo a evolução da sociedade em desigualdade com a evolução do direito material e processual, lutaram para que as reformas processuais sempre fossem voltadas para a efetividade de uma justiça rápida e segura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil**: Processo cautelar. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, v. 3.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, artigo 273. Publicado em 17/01/1973.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal, 1988.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BERTOLO, J. G. **Tutela antecipada, origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2005.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**: Teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

LAMY, E. de A. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

- MACHADO, A. C. da C. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. **Prova**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINS, V. A. A. B. **Tutela Cautelar**: Teoria geral e poder geral de cautela. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MESQUITA, E. M. de. **Coleção Estudos de Direito de Processos** – Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 52.
- NERY JUNIOR, N. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.
- SILVA, J. M. **Tutela de urgência**: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- TEIXEIRA, G. F. de B. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 13.
- THEODORO JUNIOR, H. **Processo Cautelar**. 24. ed. São Paulo: Universitária de Direito de São Paulo, 2008.
- THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WAMBIER, L. R; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. rev. ampl. e atual com a Reforma Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007, v. 1.

O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

ENÉAS DE OLIVEIRA DANTAS JUNIOR: Assessor de Magistrado no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Aracaju/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Signoreli. Pós-graduando em Direito Eleitoral e Direito Digital e Proteção de Dados pela UNIBAGOZZI. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes¹⁷⁴.

RESUMO: A Lei n.º 8.429/1992 foi amplamente alterada pela Lei nº 14.230, de 2021, a qual implementou alterações importantes no contexto do processamento das ações de improbidade administrativa. A doutrina debate acerca da aplicação do *in dubio pro societate* no recebimento da petição inicial. Nesta linha, o objetivo deste trabalho é analisar os contornos da mudança legislativa à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, além de apresentar premissas teóricas que fundamentam diversas discussões acerca da aplicação do *in dubio pro societate*, sem a finalidade de esgotar o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Petição Inicial. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 8.429/92, que dispõe sobre os atos e a ação de improbidade administrativa foi alterada, em 25/10/2021, pela Lei nº 14.230, promovendo mudanças substanciais no âmbito do processamento da ação de improbidade administrativa.

A nova legislação nasce por meio de vasto debate doutrinário e da postura ativa da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o que acarretou um rechaçamento de vários entendimentos jurisprudenciais firmados à luz da redação anterior à Lei nº 14.230/2021.

Assim, diante das novas alterações, em especial acerca da incidência do *in dubio pro societate*, no recebimento da petição inicial, há debates que apontam que a nova disciplina legal afasta totalmente a sua aplicação. Por outro lado, também há defesa de que houve uma mitigação ou temperamento na sua efetivação, estando, portanto, ainda presente.

174 Contato: eneastjse@gmail.com

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui firme entendimento, com base na redação anterior à Lei nº 14.230/2021 de que a presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do artigo 17, §§7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*.

Ademais, já na égide da redação dada pela Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça no AgInt no AgInt no REsp 968110/DF, julgado em 27/09/2022 e publicado em 23/11/2022, reafirmou, com ressalva, que presentes indícios de cometimento de ato ímprobo, afigura-se devido o recebimento da ação de improbidade, em franca homenagem ao princípio do *in dubio pro societate*, vigente nesse momento processual, sendo certo que apenas as ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas.

Nesse contexto, o presente trabalho visa abordar, de forma sucinta, os principais aspectos das alterações da Lei nº 14.230/2021 na Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), no que concerne a aplicação do *in dubio pro societate* e como o STJ vem enfrentando o tema, conforme será trabalhado a seguir.

2. CONCEITOS E REFLEXÕES ACERCA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa é regida pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa — LIA). As alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 provocaram uma grande revolução no modelo até então adotado para apurar e coibir a prática de atos ímprobos que lesem o erário e/ou princípios nucleares à Administração Pública.

Os princípios da moralidade, legalidade e probidade devem pautar toda a atuação do administrador na esfera pública. Assim, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷⁵:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

¹⁷⁵DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1825.

O fundamento constitucional está no art. 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo a fonte normativa principal sobre a matéria, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁶:

Atualmente, é o art. 37, § 4º, da Constituição, a fonte normativa principal sobre a matéria. Segundo o dispositivo, os atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se, sem dúvida, de sanções severas e necessárias à tutela jurídica alvejada (embora, lamentavelmente, nem sempre aplicadas). Há, ainda, outros mandamentos dotados de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, caput (que inclui a moralidade como princípio); o art. 37, § 5º (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração).

O diploma regulador da improbidade administrativa é a Lei nº 8.429/92 e já no seu art. 17 trata do rito da ação de improbidade, a qual a Lei 14.230/2021 deu nova redação ao §6º, a fim de impor que a petição inicial da ação de improbidade observe o dever de individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da referida Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada. Exige, ainda, a necessidade de instrução com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Na antiga redação legal, o juiz determinava a notificação do requerido para defesa prévia. Tal ato ocorria antes de o juiz receber a petição inicial, pois a defesa prévia ocorria antes da contestação.

Já no regramento vigente, o magistrado examina se a petição inicial deve ser recebida. Em caso positivo, ele determina a citação da parte, a fim de que esta apresente contestação, já que não mais existe a previsão de defesa prévia, conforme §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92. Não obstante, o juiz continua tendo o dever de analisar se recebe ou

¹⁷⁶FILHO. José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1882.

rejeita a petição inicial. Esse exame é feito antes da citação e de qualquer defesa do réu, por força do novo § 6º-B do art. 17 da Lei nº 8.429/92¹⁷⁷:

§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

Importante destacar, por outro lado, que, mesmo depois da apresentação da contestação o juiz poderá rejeitar o pedido de condenação formulado na ação de improbidade administrativa, conforme §11 do art. 17 da Lei nº 8.429/92:

§ 11. Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente.

Nessa linha, em relação ao *in dubio pro societate*, a doutrina conceitua o instituto nas hipóteses em que havendo dúvida por parte do magistrado, deve ser priorizado o impulso processual para a fase instrutória, em prol da sociedade. No processo penal, o instituto é comumente aplicado, em especial no recebimento da denúncia e na decisão de pronúncia. Assim, ensina Edilson Mougenot Bonfim¹⁷⁸:

O juiz pronunciará o réu caso se convença da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, dando os motivos de seu convencimento. Até 1941 – ano da promulgação do Código de Processo Penal – as legislações anteriores cobravam para a pronúncia, a par da prova da materialidade delitiva, a presença de “indícios veementes” de autoria, expressão que a partir de então, substituiu-se por “indícios suficientes”, fórmula agora mantida na edição da nova lei. A “suficiência dos indícios” é, pois, menos do que a “veemência indiciária” - que pode haver, evidentemente, mas não é *conditio sine qua non* para a pronúncia –, mas, inquestionavelmente, é mais que um simples “mero indício”. Há, aqui, uma ascensão na escala probatória, que nasce da simples suspeita e conjectura, passa por indícios e, daí, aos “indícios suficientes” até indícios veementes e à certeza conclusiva pelo raciocínio dedutivo. [...] Cobrou, pois, a lei no que se refere à pronúncia, um *majus* em relação à presença de um simples indício, e

¹⁷⁷BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Presidente Fernando Collor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

¹⁷⁸BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 176-177

um minus em relação à veemência desses. Por isso mesmo, à evidência, não exigiu certeza nessa fase. Donde concluir que a pronúncia não deve conter uma análise profunda do *meritum causae*. Assim, nessa decisão “apenas se reconhece a existência de um crime e a presença de indícios suficientes da responsabilidade do réu, apontando-se a direção a ser seguida pela ação penal”. Na dúvida, cabe ao juiz pronunciar-se, encaminhando o feito ao Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da causa. Nessa fase vigora a máxima *in dubio pro societatis*.

Por outro lado, há quem afirme acerca da inexistência do princípio no ordenamento jurídico, a exemplo da doutrina do Professor Paulo Rangel¹⁷⁹:

Na pronúncia, segundo a doutrina tradicional, a qual não mais seguimos, impera o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu e o mandando a júri, para que o conselho de sentença manifeste-se sobre a imputação feita na pronúncia. Não deve, como já dissemos, o juiz entrar no mérito nessa decisão, pois este compete aos jurados. Havendo os requisitos exigidos pela lei para a pronúncia (indícios suficientes de autoria ou de participação e indicação da materialidade do fato), deve ser julgada admissível a acusação. Entendemos que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu a denúncia, o que, por si só não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena de essa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito do processo penal, também reconhece a aplicação do *in dubio pro societate*:

¹⁷⁹RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 152

A propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de autoria. A certeza, a toda evidência, somente será comprovada ou afastada após a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*. STJ. 5ª Turma. RHC 93.363/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/05/2018.

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

Na fase de deliberação quanto à possibilidade de recebimento da denúncia, na qual vigora o princípio do *in dubio pro societate*, afigura-se como suficiente para que se autorize a instauração da ação penal tão somente a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade. STF. 1ª Turma. AO 2275, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2018.

Verifica-se, assim, que o instituto é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, inexistindo previsão legal sobre a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, apesar das críticas da doutrina, a qual afirma que o *in dubio pro societate* fere às garantias individuais do cidadão, a exemplo da presunção de inocência, a jurisprudência continua aplicando esse princípio, em especial o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados acima mencionados.

Por sua vez, no contexto do Direito Administrativo Sancionador, a aplicação do instituto é uma realidade, em especial no âmbito da improbidade administrativa, considerando a proximidade entre as ações penais e as ações de improbidade administrativa.

Ressalta-se que as peculiaridades do instituto da improbidade impedem a instauração de ação sem a presença de requisitos mínimos que ensejem a plausibilidade da condenação. Assim se passa pela dimensão essencialmente punitiva da referida ação, que é orientada não especialmente a obter provimento de natureza patrimonial¹⁸⁰, sem olvidar da relevância da gravidade da imputação, a qual pode acarretar a execração pública do imputado. Desta forma, a cautela deve imperar na atuação do magistrado e do autor da ação de improbidade.

Diante da similitude da ação de improbidade com as ações penais, a Lei 14.230/2021, implementou exigências mais densas para o ajuizamento de ações de

¹⁸⁰FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 208.

improbidade, a fim de evitar a banalização do sancionamento. Não se pode admitir que a ação de improbidade seja instaurada sem a exposição de fatos que se subsumam às hipóteses normativas ou sem a existência de um mínimo de provas suficientemente consistentes para evidenciar a materialidade do ato ímprobo e para ser o nexó que indique um sujeito à sua prática e ocorrência.

O professor Marçal Justen Filho, ensina acerca da tese do *in dubio pro societate*¹⁸¹:

Na ação de improbidade, o postulado do “in dubio pro societate” somente pode ser aplicado se houver respeito às garantias constitucionais reconhecidas ao acusado. No momento da instauração do processo, ainda não existe a constituição completa e perfeita das provas. É necessário que os fatos sejam típicos e que haja provas para gerar um mínimo de credibilidade para a acusação.

A dúvida, que pode ser resolvida em favor da instauração do processo, é aquela decorrente de indícios sérios e consistentes, fundados em evidências satisfatórias quanto à existência e à autoria de conduta ímproba subsumível às hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei. Ou seja, deve haver prova suficiente para respaldar a acusação. Não se aplica o “in dubio pro societate” quando não existirem provas ou quando forem destituídas de credibilidade mínima.

A relevância das repercussões da instauração do processo para punição por improbidade implica a necessidade de plausibilidade jurídica da imputação e de provas suficientes quanto à existência do ilícito e da consumação da infração pelo acusado.

Nesse sentido, é indispensável que para a instauração de ação de improbidade, os autos venham acompanhados de evidências suficientes quanto à existência do ato de improbidade, a fim de que haja demonstração, de modo plausível, acerca da existência do ilícito e de sua autoria, a qual deve ser feita de modo individual, não apenas narrando os fatos relevantes e pertinentes, mas, acima de tudo, individualizando a conduta de cada autor, além de apontar sua conduta no enquadramento específico dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁸¹FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 211.

À luz da doutrina de Marçal Justen Filho¹⁸²:

Acrescente-se que a consagração do postulado do “*in dubio pro societate*” não se relaciona com a avaliação da existência ou da inexistência de ato de improbidade administrativa.

(...)

Existindo dúvida sobre a configuração da improbidade, será viável a instauração do processo. Mas a condenação do acusado somente será admissível se, durante o processo, a dúvida tiver sido eliminada. Portanto, infringe a Constituição que se instaure um processo reconhecendo a existência de dúvida e que se produza a condenação do acusado sem a produção de provas adequadas e satisfatórias a afastar as dúvidas iniciais.

Diante dessas considerações doutrinárias, a possibilidade de aplicação do *in dubio pro societate* no ordenamento jurídico é tema de amplo debate e críticas, razão pela qual para melhor compreensão acerca dos requisitos para admitir o impulso processual da ação de improbidade administrativa, passa-se à análise da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

3. IN DUBIO PRO SOCIETATE E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui diversos (anteriores à Lei nº 14.230/2021) julgados afirmando que, se o magistrado entender que há meros indícios do cometimento de atos enquadrados como improbidade administrativa, deve receber a petição inicial, a fim de primar pelo interesse público, tendo em vista que nesse momento processual impera o *in dubio pro societate*.

Nesse sentido, mister se faz colacionar os principais julgados do STJ:

Consoante orientação sedimentada nesta Corte, na fase de recebimento da inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, basta a demonstração de indícios da prática de ato ímprobo, ou, fundamentadamente, as razões de sua não apresentação, em observância ao princípio do *in dubio pro societate*. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1761220/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 11/10/2021.

¹⁸²FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 40.

Esta Corte Superior possui o entendimento de que é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar maior resguardo do interesse público. STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1609723/MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23/09/2021.

Antes de passar à análise dos julgados mais recentes, importante ressaltar que a crítica doutrinária acerca da mera invocação do *in dubio pro societate*, na jurisprudência do STJ, está relacionada, em especial, acerca da ausência ou deficiência de fundamentação à luz das provas juntadas com a inicial.

Ademais, em sede de Recursos Especiais, o STJ, tem um histórico firme de aplicação do *in dubio pro societate*, a exemplo do REsp n. 1.940.837/RJ; 1.816.809/RS; 1.820.025/PB; 1.770.305/RJ; 1.786.187/SP; 1.836.329/CE; 1.840.060/MG; 1.808.323/PB, conforme consulta no sítio eletrônico do Tribunal¹⁸³.

No REsp n.º 1.786.187/SP, o STJ enfrentou o tema da corrupção e ratificou a aplicação do *in dubio pro societate*, na defesa do interesse público para o esclarecimento de fatos relacionados à atuação dos servidores e gestores públicos, vejamos a ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS EDITORIAIS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO AO ERÁRIO. ACÓRDÃO QUE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, RECHAÇOU A TESE DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO QUE NÃO LOGROU IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DO JULGADO HOSTILIZADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE COTEJO HÁBIL A DEMONSTRAR A SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS CASOS POSTOS EM CONFRONTO. DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 284/STF. MATÉRIA DE MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NA FASE INSTRUTÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Sobressai, na argumentação desenvolvida no Recurso Especial, que as razões do apelo não expressam, com clareza e objetividade, os motivos que levam a parte recorrente a postular a

¹⁸³ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2023.

reforma da decisão recorrida. Omissão que dificulta a exata compreensão da controvérsia no plano jurídico-legal. 2. A via estreita do Recurso Especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a falta de indicação dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados caracteriza deficiência de fundamentação, em conformidade com o Enunciado Sumular 284 do STF. 3. **A presença de indícios de cometimento de atos de improbidade autoriza o recebimento da petição inicial da Ação Civil Pública destinada à apuração de condutas que se enquadrem à Lei 8429/1992 . Deve, assim, prevalecer o princípio do in dubio pro societate. Precedentes do STJ.** 4. No caso em concreto, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o Tribunal de origem entendeu pela presença de indícios de prática de improbidade administrativa pela parte ora Recorrente, a autorizar o recebimento da petição inicial. A revisão de tais fundamentos é inviável na via recursal eleita, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 5. É necessária regular instrução probatória a fim de que haja a demonstração quanto à efetiva presença de elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa, o que reforça, por sua vez, a necessidade de recebimento da petição inicial. 6. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 7. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp: 1786187 SP 2018/0302496-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/10/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2019). (grifos não constantes do original)

Por outro lado, no REsp de nº 1.894.881/PR, o STJ refutou a incidência do *in dubio pro societate*.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL, EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE, FUNDAMENTADAMENTE, ENTENDEU PELA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, QUANTO AO RECORRIDO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015. Incidência do Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ ("Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"). II. Na origem, o Ministério Público do Estado do Paraná, ora recorrente, ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação do recorrido - ex-Diretor da Receita Estadual do Paraná - e de outros vinte réus pela prática de atos de improbidade administrativa. Tal ação representa um dos desdobramentos da denominada "Operação Publicano" e 'tem por objeto especificamente a promoção, constituição e integração dos requeridos em organização criminosa incrustada no âmbito da Receita Estadual do Estado do Paraná, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, especialmente econômica, mediante a prática de crimes diversos, em especial contra a Administração Pública (arts. 9º e 11, ambos da Lei nº 8.429/92) envolvendo um grupo pontual de empresas do ramo de veículo e autopeças". Recebida a inicial, contra todos os réus, o ora recorrido interpôs Agravo de Instrumento. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem deu provimento ao Agravo de Instrumento, para rejeitar a inicial, em relação ao recorrido, ensejando a interposição do presente Recurso Especial. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. Com efeito, no que se refere à

alegada omissão do acórdão, "uma vez que não considerou circunstâncias que demonstram a existência de indícios para o recebimento da inicial, a vigência nesta fase do princípio in dubio pro societate e o requerimento inicial para a produção de provas", o Tribunal de origem foi expresso ao registrar, "(i) a ausência de menção do nome do embargante como participante da organização criminosa pelos empresários abordados pelos auditores fiscais Wuelinton Guilherme da Silva, Danielly Saderi Garcia, e pelos delatores Luiz Antônio de Souza e Rosângela de Souza Semprebom; (ii) a imputação genérica da distribuição de propinas a todos os auditores que ocuparam cargo de hierarquia da Receita Estadual, sem a devida distinção, pelo delator; (iii) a existência de absolvição no juízo criminal do embargado que, após a devida apreciação da prova testemunhal, colhida sob o crivo do contraditório, não comprovou que o embargado integrasse a organização criminosa (...) A regular instrução processual era desnecessária para concluir pela existência de ato ímprobo, já que as provas produzidas apontaram pela ausência de participação do embargado no ilícito praticado no âmbito da Receita Estadual (...) Verifica-se, portanto, da petição inicial da ação de improbidade administrativa que as imputações ao embargado deram-se de forma abstrata, não se evidenciando a justa causa para a ação de improbidade (...) Inexiste, assim, prova que o embargado tenha praticado o ilícito noticiado na inicial. Alia-se, ainda, que nenhum documento ou testemunha se referem ao embargado (...) a força do princípio do in dubio pro societate é temperada pelas hipóteses previstas para indeferimento da inicial, no já citado art. § 8º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa (...) se não houver indícios mínimos de autoria e materialidade aptos a demonstrar a possibilidade de procedência da pretensão, deve-se rejeitar em seu nascedouro a ação de improbidade administrativa". V. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008; REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017. VI. No caso, o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, concluiu, motivadamente, pela ausência de indícios mínimos, suficientes para o recebimento da petição inicial, ao fundamento de que "ao contrário do alegado pelo Ministério Público não existem indícios da prática de

ato ímprobo a justificar o recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa em relação ao agravante (...). O nome do agravante não foi expressamente mencionado pelas vítimas/réus empresários (...). Denota-se que não há participação direta do agravante nas abordagens feitas por auditores fiscais ímprobos aos empresários. (...) Não bastasse isso, cumpre observar que (...) fora absolvido no Juízo Criminal, por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código Penal. Tal fato, porém, não vincula o juízo cível e a rejeição da inicial de improbidade, porque a absolvição somente ocorreria se comprovada a ausência do fato ilícito ou a autoria. (...) A sentença criminal apurou que a prova testemunhal, colhida sob o crivo do contraditório, não comprovou que o agravante (...) integrasse a organização criminosa. Ou seja, não ficou demonstrado que o agravante participou ou se beneficiou dos fatos alegados pelo autor, recebimento de propinas, ou mesmo que integrou a organização criminosa. **Assim sendo, neste caso em específico, não há como autorizar o recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa em relação ao agravante por inexistirem indícios suficientes da prática de ato ímprobo. (...) Da detida análise dos autos, verifica-se que as provas apresentadas pelo Ministério Público do Estado do Paraná não demonstram sequer indícios do cometimento de ato ímprobo pelo agravante (...). Verifica-se, portanto, da petição inicial da ação de improbidade administrativa que as imputações ao embargado se deram de forma abstrata, não se evidenciando a justa causa para a ação de improbidade. Isto porque não há a necessária descrição em concreto de sua conduta.** Tampouco se buscou demonstrar, com base nos fatos, a existência do elemento subjetivo e do nexo de causalidade, isto é, a parte autora não indicou como seria possível extrair a presença de dolo ou culpa do embargado na prática de ato ímprobo voltado a lesar a Receita Estadual, em benefício próprio. Ao contrário, a denúncia está calcada tão só no argumento singelo e frágil segundo o qual "o embargado, por ter exercido o cargo de Diretor da Receita Estadual, integrou organização criminosa com intuito de lesar o erário". VII. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, para acolher a pretensão do agravante - no sentido de que haveria indícios da prática de atos de improbidade administrativa pelo recorrido - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial. Nesse sentido:

STJ, AgRg no REsp 1.398.938/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no REsp 1.600.403/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2016; AgRg no REsp 1.370.342/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2013. VIII. No mesmo sentido decidiu a Segunda Turma do STJ, ao negar provimento ao recurso do Ministério Público do Estado do Paraná, no AgInt no REsp 1.897.071/PR (Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 18/12/2020), envolvendo as mesmas partes, em outra ação de improbidade administrativa, também derivada da denominada "Operação Publicano", mas envolvendo um grupo pontual de empresas do ramo de supermercados - no presente caso, os fatos envolvem empresas do ramo de veículo e autopeças -, julgamento no qual, tal como na situação em análise, a inicial fora recebida, em 1º Grau, quanto ao réu H H O, mas o Tribunal a quo, em acórdão com idênticos fundamentos do aresto ora impugnado, concluiu, motivadamente, pela ausência de indícios mínimos para o recebimento da petição inicial, em relação ao ora recorrido. IX. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido. (STJ - REsp: 1894881 PR 2020/0235497-8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 23/03/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2021). (grifos não constantes do original).

Ademais, no REsp 1.570.000-RN, decidiu o STJ: **A decisão de recebimento da petição inicial da ação de improbidade não pode limitar-se ao fundamento de in dubio pro societate.** STJ. 1ª Turma. REsp 1.570.000-RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Gurgel de Faria, julgado em 28/09/2021 (Info 711). Nas razões de decidir deste julgado, percebe-se que o Tribunal afirmou que o juiz deve, ao menos, antes de invocar o *in dubio pro societate*, tecer comentários acerca dos indícios de autoria e da causa de pedir da ação de improbidade. Deste modo, não se está aqui a afastar de forma cabal à aplicação do instituto, o que se quer destacar é a necessidade de maior fundamentação na decisão de recebimento da inicial.

Já na égide da nova redação dada pela Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no AgInt no REsp 968110/ DF, reafirmou o precedente do Tribunal quanto à aplicação do *in dubio pro societate*, ressaltando as ações temerárias, conforme ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. INDÍCIOS. AUSÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, presentes indícios de cometimento de ato ímprobo, afigura-se devido o recebimento da ação de improbidade, em franca homenagem ao princípio do in dubio pro societate, vigente nesse momento processual, sendo certo que apenas as ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas.

2. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que não reconheceu a existência de evidências capazes de autorizar o recebimento da inicial com relação aos procuradores do GDF, responsáveis pela elaboração de pareceres jurídicos, a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria indubiosamente o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno de Cybele Lara da Costa Queiroz, Dilma Monteiro, José Luciano Arantes e Márcia Carvalho Gazeta provido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 968.110/DF, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 23/11/2022.).
(grifos não constantes do original)

Nas razões de decidir do AgInt no AgInt no REsp 968110/ DF, o STJ não afastou o princípio do *in dubio pro societate*, mas afirmou a necessidade de motivação, bem como que *"o legislador quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o Erário ou de enriquecimento"*. E deixou explícito: *"Nessa linha, convém anotar que a decisão de recebimento da inicial da ação de improbidade não pode limitar-se à invocação do in dubio pro societate, devendo, antes, ao menos, tecer comentários sobre os elementos indiciários e a causa de pedir, ao mesmo tempo que, para a rejeição, deve bem delinear a situação fático-probatória que lastreia os motivos de convicção externados pelo órgão judicial."*

Por fim, o § 6º-B do art. 17, da Lei de Improbidade, inserido pela Lei nº 14.230/2021, reza que a petição inicial será rejeitada "quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado", nos casos do art. 330 do CPC e quando não preenchidos os requisitos do § 6º do art. 17 da Lei de Improbidade. Ocorre que, a nova redação é similar

ao revogado¹⁸⁴ §8º do art. 17 da Lei de Improbidade, não havendo, portanto, razões, com base nos julgados acima colacionados, para afirmar que o STJ alterará seu histórico entendimento, por conta da novidade legislativa decorrente da Lei n.º 14.230/2021.

4.CONCLUSÃO

Diante das variadas interpretações judiciais e das dúvidas acerca das imprecisões das normas contidas na Lei n.º 8.429/1992, a Lei n.º 14.230/2021 alterou de forma substancial toda a sistemática do processo de improbidade administrativa, em especial exigindo requisitos mais pormenorizados para o recebimento da petição inicial, o que leva a crer que houve um temperamento na incidência do *in dubio pro societate*.

Nessa linha, a nova disciplina legal fornece um procedimento claro e detalhado para a admissibilidade da ação de improbidade e reforça a necessidade de observância dos direitos individuais. Não obstante, a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça ainda é firme na aplicação do princípio, excepcionando as ações evidentemente temerárias, conforme AgInt no AgInt no REsp n. 968.110/DF, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 23/11/2022.

Com efeito, as reformas da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n.º 14.230/2021 foram amplas, divergentes e de profundo debate no seio jurídico, político e social. No entanto, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda caminha para o enfrentamento de mais casos à luz da vigência da nova redação dada pela Lei n.º 14.230/2021. Não obstante, mister se faz a exigência de cautela e prudência na aplicação do *in dubio pro societate*, sem olvidar da devida fundamentação, diante da incidência do direito administrativo sancionador nas ações de improbidade administrativa.

Ante o exposto, o estudo não possui a finalidade de exaurir o tema, objetivando-se, deste modo, instigar o pensamento crítico, haja vista que os desdobramentos fáticos e jurídicos ainda são pontuais, por força da prematuridade da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa dada pela Lei n.º 14.230/2021.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

¹⁸⁴ Revogado § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Vide Medida Provisória n.º 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.225-45, de 2001)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Subchefia para Assuntos Jurídicos – Casa Civil – Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>.

_____. **Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171° da Independência e 104° da República. Presidente Fernando Collor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A decisão de recebimento da petição inicial da ação de improbidade não pode limitar-se ao fundamento de in dubio pro societate. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b7c0c7d6ce233d0fe18625ea3cd5bdb1>>. Acesso em: 05/02/2023

_____. Críticas ao princípio do in dubio pro societate na fase da pronúncia. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b7a9d54deeb611edc4540d286e9a042>>. Acesso em: 05/02/2023

_____. Princípio do in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/53e3a7161e428b65688f14b84d61c610>>. Acesso em: 02/02/2023

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FILHO. José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1882.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

O DIREITO A INFORMAÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

DANIELA ANDRADE SANTOS: Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa. Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral, a elaboração de uma análise crítica e construtiva no Direito do Consumidor, buscando fazer um breve estudo a respeito da informação ao consumidor e sua responsabilidade pelos danos causados. Trazendo argumentos do Livro Informação: Direito e Deveres na Relação de Consumo da autora Fernanda Nunes Barbosa, que vem trazer a importância da informação para o consumidor, sendo também citada a garantia que a Constituição Federal vem amparar e a Obra Héctor Valverde Santana. Dano Moral no Direito do Consumidor, que deverá ser reparado dentro das proporções do ato e dos prejuízos causados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Defesa; Deveres; Dano Moral; Consumidor; Informação.

I – INTRODUÇÃO

O mundo vive um momento de extrema transformação em todos os setores da vida. Diante disso, a humanidade está tendo como nunca a oportunidade de conviver com essas transformações e com a era do conhecimento, onde tem toda informação necessária para viver bem a partir do consumo consciente de produtos e serviços.

Preocupado com as práticas enganosas e lesivas ao consumidor, oriundo da sociedade globalizada e altamente competitiva viu-se a necessidade de proteger o consumidor, ou seja, o hipossuficiente na relação de consumo, da má-fé dos comerciantes, fabricante e fornecedores de produtos e serviços, assim criou o Código de Defesa do Consumidor para normatizar os atos e práticas realizadas pelas partes na relação de consumo.

O legislador do CDC inovou ao trazer em seu artigo 6º, III, o direito à informação, o que fez surgir para o fornecedor de produtos ou serviços o dever de informar. Assim traz

o dispositivo do artigo 6º, no seu inciso III do CDC, que a informação tem que ser adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Segundo a obra de Fernando Nunes Barbosa, no seu livro Informação - Direito e Dever nas Relações de Consumo, traz as informações referentes o dever e direito do consumidor, trazendo argumentações a respeito às garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à informação possui caráter tanto individual como coletivo, abrindo interesses particulares e sociais, direito público que está estabelecida na CF no artigo 5º inciso XXXIII, "todos tem direito a receber dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A exposta obra, vem trazer um rico conhecimento a respeito do Direito do Consumidor, que traz uma análise das garantias da informação prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto faz uma breve abordagem acerca do direito à informação, elencado no artigo 6º, inciso III, do CDC.

II - A INFORMAÇÃO COMO GARANTIA AO CONSUMIDOR.

Nosso ordenamento jurídico vem garantir ao consumidor para sua própria segurança e a de terceiros evitando assim a concretização de possíveis acidentes de consumo, trazendo as informações desse produto e serviço.

Segundo Fernando Nunes, o reconhecimento do direito à informação como direito fundamental do consumidor decorre basicamente que para consumidor é, antes de tudo, pessoa humana, não podendo ser somente considerado na esfera econômica (BABORSA. 2008 pg.47). Tendo assim garantias no código de Defesa do Consumidor e o amparo na Constituição Federal.

No que tange ao princípio da veracidade, podemos argumentar que todas as informações é um meio de comunicação ao consumidor seja ele público ou privado, no art. 37 em seu § 1º do CDC, traz a espécie de publicidade que possua informações de cunho enganoso que venham a ser veiculadas. Dessa forma, dispõe o referido artigo dispõe que:

§ 1º. "é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falso, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade,

quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

O dispositivo do referente artigo vem trazer o dever de haver informação ampla para o consumidor em todas as fases que um produto ou serviço percorre no mercado, da sua oferta até depois de encerrada a contratação, obrigar que a informação.

Por isso que o código de defesa do consumidor traz vários dispositivos para assegurar proteção. Diante de tais artigos se encontrar o artigo 10º da Proteção à Saúde e Segurança, ressaltar o dever do o fornecedor, que não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe, ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade, ou periculosidade à saúde, ou segurança, devendo assim ser informado os seus riscos. Assim os seus incisos deste mesmo artigo vêm garantir suas reparações:

§ 1º - O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º - Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, a expensa do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º - Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde, ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

O parágrafo único do Art. 8º dispõe sobre a responsabilidade dos fabricantes pelas informações aos seus consumidores sobre o risco à saúde ou segurança aos mesmos. As informações deverão ser claras e precisas.

Verificamos nestes artigos o dever do fornecedor e também o comerciante, que será responsável pelas informações sobre produto industrial que ocasione riscos à saúde e segurança de seus adquirentes.

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

É importante salientar que o direito à informação não se resume só no inc. III, do art. 6.º, do CDC, fazendo parte de muitos outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 8.º e do art. 10.

O direito à informação inclui também à noção de contrato, permeando todas as fases das práticas de mercado, da pré-contratual até a pós-contratual. Fernanda Nunes Barbosa fala a respeito do assunto abordando que o dever de informar possibilita ao consumidor desvincula-se de um negócio jurídico toda vez que o seu contratante não preste, de forma clara, precisa e previa as informações necessárias a formação de sua vontade consciente.

O artigo Art. 46 da parte dos contratos vem assegurar ao consumidor o amparo quando ele não tem o conhecimento prévio possibilitando o consumidor a desvinculação do contrato. “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (BARBOSA. 2008, Pg.151).

Para o consumidor que se sentir lesado, prejudicado, por algum dano causado por produtos ou prestação de serviços, caberá indenização por danos morais e materiais na sua proporcionalidade. Os danos causados ao consumidor é dever de indenização do agente responsável pelo produto ou pelo serviço é o fato do produto, ou do serviço causador do acidente de consumo.

A obra “Dano Moral no Direito do Consumidor” do autor Hector Valverde Santana, tem como finalidade focalizar sua obra em torno das relações que envolvem o dano moral, abordando especificamente a proteção jurídica da dignidade do consumidor. O Dano moral é qualquer ofensa ou violação que não venha a ferir os bens patrimoniais, sempre que uma pessoa for colocada em uma situação humilhante, vexatória ou degradante, afrontando assim à sua moral, poderá exigir, na Justiça, indenização pelos danos morais causados.

No livro o autor relata as relações de consumos nas suas formas de abusos praticados por fornecedores de produtos e serviços e que geram dano moral.

Quando se fala em prevenção dos danos, Assevera José Geraldo, sobre as atitudes que, “as próprias empresas fornecedoras de produto e serviços devem tomar para que não venham ocorrer danos a consumidores ou a terceiro” (BARBOSA. 2008 pg.121).

III - A PUBLICIDADE COMO FERRAMENTA AO DIREITO DE INFORMAÇÃO

Sabe-se que no mundo globalizado e altamente competitivo, proteger o consumidor das práticas ilícitas e enganosas é de suma importância. Assim, a partir do século XIX, com a revolução industrial, tornou-se necessário estreitar as relações entre fornecedor e consumidor.

Logo, surgiu a publicidade que tem como objetivo informar o consumidor a respeito dos produtos que estão disponíveis para consumo.

Em plena sociedade consumista, a publicidade tem grande influência diante do consumidor, pois, tem o poder de influenciar pensamentos, comportamentos e modificar condutas. Por isso, essa arma poderosa deve ser controlada para que não se torne abusiva e enganosa, ao ponto de ameaçar a própria sociedade e os valores individuais e coletivos contidas nela.

Assim, é fundamental para o consumidor que toda a publicidade seja lícita e que esteja pautada nos princípios que regulam as relações de consumo, especialmente o princípio da veracidade, que determina que todo anúncio publicitário apresente toda informação adequada sobre o produto, conforme os ditames legais (art. 6º, III, do CDC), para que o consumidor se certifique da sua qualidade e segurança; e o da boa-fé, que corresponde ao dever de honestidade.

Em virtude disso, a publicidade deve ser utilizada pelos fornecedores de forma sã e honesta, sem infringir o artigo 37 do CDC, que assegura aos consumidores vários direitos dentre eles, o direito de não ser enganado por qualquer informação inteira ou parcialmente falsa, ou fraudulenta, capaz de pôr ação ou omissão induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, característica, qualidade, origem, preço e qualquer outros dados sobre o produto, exigindo assim, do fornecedor a veracidade da informação vinculada através da publicidade.

Dessa forma, a publicidade vinculada de má-fé com intuito de prejudicar e ludibriar o consumidor é ilícita e configura-se crime conforme os ditames legais, pois, a informação é um direito basilar na relação de consumo e a publicidade enganosa configura infração penal (arts. 61 a 80, do CDC).

IV – CONCLUSÃO

Diante dos relatos neste artigo, podemos observar que o Direito do Consumidor cuida para que aja a proteção ao consumidor com informação previa e clara. Proteção a sua vida, saúde e segurança. Assim garantido pelo presente artigo 6º do CDC, prevenindo o consumidor das práticas ilícitas e dos prejuízos que por ventura essas práticas possam acarretar na vida dos mesmos. No entanto, para que os consumidores possam agir contra

as práticas ilícitas, é preciso que tenham conhecimento de seus direitos enquanto consumidores.

No mesmo sentido, pode concluir que a publicidade se empregado de forma lícita, honesta e responsável é um importante instrumento para estimular o consumo, pois tem o poder de influenciar os consumidores a respeito dos produtos e serviços. No entanto, se utilizada de forma ilícita deixa de ser legal e passa a ser fraudulenta, podendo o consumidor acionar a justiça, e, exigir do anunciante ou fornecer reparação pelos possíveis danos ocasionados.

Dessa forma, para que o consumidor se proteja das práticas abusivas e enganosas é de suma importância que esteja atento e bem informado, cientes dos seus direitos prontos a acionar a esfera jurídica se assim convier, como forma de inibir e combater os abusos daqueles que em desconformidade com a lei desrespeitam e fere os direitos e os interesses de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: Direito e Dever nas Relações de Consumo. São Paulo: RT, 2008.

BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível www.planalto.gov.br.

SANTANA, Héctor Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARRUDA, Alvim. THEREZA, Alvim. EDUARDO, Arruda Alvim. JAMES, Martins. Código do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: COMPROVAÇÃO DAS CHANCES SÉRIAS E REAIS

DIANA TANCETTI: Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito pela PUC-SP.¹⁸⁵

RESUMO: O artigo tem como objetivo compreender quais os parâmetros utilizados pelos ordenamentos jurídicos estrangeiro e brasileiro para diferenciar os danos fundados na perda de uma chance séria e real, de chances hipotéticas. Nesse sentido, pretende-se responder o seguinte questionamento: como se dá a comprovação da perda de uma chance séria e real, judicialmente? A abordagem da temática segue as seguintes etapas: a) Estudo introdutório abarcando tema, envolvendo as origens da teoria, noções gerais, modalidades da perda de uma chance e requisitos específico; b) Estudo de campo probatório atrelado à teoria da perda de uma chance, dividido em duas frentes: comprovação do nexos de causalidade e do dano (perda de uma chance séria e real). Utiliza-se o método dedutivo/indutivo, englobando levantamento jurisprudencial, bibliográfico e documental, relacionados, tanto ao ordenamento jurídico nacional, como ao ordenamento jurídico estrangeiro. De acordo com os resultados finais obtidos, a comprovação da perda de uma chance séria e real em juízo se dará com base na análise das peculiaridades do caso concreto (análise caso a caso), bem como por meio da averiguação de alguns critérios que variam de tribunal para tribunal, de nação para nação (não existem parâmetros universais caracterizadores de chances sérias e reais indenizáveis).

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance; produção de provas; chances sérias e reais; análise probatória.

THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE: PROOF OF SERIOUS AND REAL CHANCES

ABSTRACT: The article aims to understand which parameters are used by foreign and Brazilian legal systems to differentiate damages based on the loss of a serious and real chance, from hypothetical chances. In this sense, it is intended to answer the following question: how is the proof of the loss of a serious and real chance, judicially? The thematic approach follows the following steps: a) Introductory study covering the theme, involving the origins of the theory, general notions, modalities of losing a chance and specific requirements; b) Evidence field study linked to the loss of a chance theory, divided into two fronts: proof of the causal link and damage (loss of a serious and real chance). The deductive/inductive method is used, encompassing jurisprudential, bibliographical and documental survey, related to both the national legal system and the foreign legal system. According to the final results obtained, proof of the loss of a serious and real chance in

¹⁸⁵ E-mail: dih_tan@hotmail.com

court will be based on the analysis of the peculiarities of the concrete case (case-by-case analysis), as well as through the investigation of some criteria that vary from court to court, from nation to nation (there are no universal parameters characterizing serious and real indemnifiable chances).

Keywords: Loss of a chance theory; production of evidence; serious and real chances; evidentiary analysis.

1 INTRODUÇÃO

Com origem na França, a teoria da perda de uma chance tem ganhado cada vez mais relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em vista do crescente número de casos suscitados perante os tribunais brasileiros.

Cada vez mais, os advogados brasileiros lançam mão da presente teoria para formular seus pleitos em juízo, assim como a temática ganha enfoque sob o ponto de vista doutrinário, eis as principais razões que movem o presente estudo.

Nota-se que face ao crescente ajuizamento de demandas envolvendo a perda de uma chance no âmbito do judiciário brasileiro, surge a necessidade de desenvolvimento de maiores estudos acerca do tema, a fim de compreender os seus principais aspectos e os parâmetros que movem a aplicação da teoria em maior escala perante o ordenamento jurídico estrangeiro.

Desta feita, o presente artigo se utiliza do cenário contemporâneo, com o fito de realizar uma abordagem teórica crítica no espectro jurídico para responder o seguinte questionamento: como se dá a comprovação da perda de uma chance séria e real, judicialmente?

Ademais, o estudo tem como objetivo compreender quais os parâmetros utilizados por parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiro e brasileiro para diferenciar os danos fundados na perda de uma chance séria e real, de chances meramente hipotéticas.

Em suma, o estudo pretende viabilizar o melhor entendimento da temática para que os operadores do direito melhor compreendam a questão e façam o melhor uso possível da teoria da perda de uma chance na prática forense, fazendo com que haja uma classificação adequada dos variados tipos de prejuízos a serem reparados.

A pesquisa engloba o levantamento jurisprudencial, bibliográfico e documental, relacionados, tanto ao ordenamento jurídico nacional, como ao ordenamento jurídico estrangeiro.

Para se alcançar o objetivo principal de pesquisa, a abordagem da temática segue as seguintes etapas: a) Estudo introdutório que abarca o tema, envolvendo as origens da teoria, noções gerais, modalidades da perda de uma chance e requisitos específicos; b) Estudo do campo probatório atrelado à teoria da perda de uma chance, dividido em duas frentes: comprovação do nexo de causalidade e do dano (perda de uma chance séria e real), através da análise jurisprudencial de casos concretos provenientes do ordenamento jurídico nacional e estrangeiro.

É adotado o método dedutivo/indutivo, configurando o meio mais adequado ao desenvolvimento do presente estudo, tendo em vista o tema atual e suas consequentes interpretações e discussões sob os mais diferentes enfoques.

2 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O conceito de dano pela perda de uma chance fora empregado pela primeira vez na França. Em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação Francesa decretou o dever de indenizar em decorrência da atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de êxito de uma demanda, por meio de seu normal procedimento¹⁸⁶.

Após a primeira utilização da teoria da perda de uma chance, os magistrados franceses ampliaram o seu campo de atuação, de modo que a respectiva teoria atingisse diversas noções de responsabilidade civil¹⁸⁷.

Já com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁸⁸, não obstante a lei não disponha expressamente acerca da indenização por perda de uma chance, a doutrina e a jurisprudência consolidadas admitem a responsabilização daquele que obsta a superveniência de um fato que poderia trazer benefício a outrem, desde que atendidos os requisitos para tanto.

3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE E MODALIDADES

186 SILVA, 2013, p. 11 *apud* SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

187 SILVA, 2013, p. 11-12 *apud* SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

188 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: Anderson Schreiber ... [et. al.]; coord. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 439.

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto, mister a observância de alguns requisitos específicos próprios do instituto, não se podendo ignorar a existência de diversas modalidades de chances perdidas, conforme será demonstrado a seguir:

3.1 Noções gerais da teoria da perda de uma chance

De forma sintética pode-se afirmar que: “com a adoção da mencionada teoria, a chance perdida reveste-se de valor jurídico, pois a vítima se priva da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo ocasionado pela ação de terceiro”¹⁸⁹.

Logo, infere-se que a perda de uma chance ocorre em virtude da ação de terceiro que perpetua dois resultados possíveis: faz com que a vítima seja privada de obter uma vantagem específica ou com que a vítima seja obstada de evitar um prejuízo, portanto, a perda de uma chance engloba duas frentes: obtenção de vantagem ou prevenção de prejuízo.

Fernando Noronha traz à lume os conceitos de “vantagem futura” e “dano presente” atrelados ao tema em análise:

Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que não houve interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente)¹⁹⁰.

Assim, em se tratando da interrupção de um processo vantajoso, fala-se em frustração da chance de se obter uma vantagem futura, ao passo que, em se tratando da frustração da oportunidade de evitar um dano, fala-se na perda da chance de se evitar um dano efetivamente ocorrido, portanto, dano presente. Ainda, partindo deste pressuposto,

¹⁸⁹ TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnolécia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 958, ago. 2015.

¹⁹⁰ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

Fernando Noronha faz distinção entre “danos futuros” e “danos presentes”, nos seguintes termos:

A distinção entre danos presentes e futuros, por seu turno, vai ser importante para podermos fazer a classificação que reputamos fundamental nesta matéria: é que mesmo que uma chance diga sempre respeito a algo imaginado para o futuro, a uma oportunidade que poderia ser aproveitada para alcançar qualquer coisa, a responsabilidade pela perda de chance vai traduzir-se umas vezes em danos relativos a eventos que não aconteceram e que só poderiam vir a verificar-se no futuro (danos futuros), e outras vezes em danos que já aconteceram, mas que poderiam ter sido evitados (danos presentes)¹⁹¹.

Neste passo, a responsabilidade pela perda de uma chance poderá englobar danos que abordam eventos que não ocorreram e só ocorreriam no futuro, caracterizando danos futuros, como poderá apontar para eventos danosos efetivamente ocorridos e que poderiam ter sido evitados, configurando danos presentes. Desta feita, a responsabilidade por perda de uma chance poderá fundar-se em danos futuros ou em danos presentes.

No mais, a perda de uma chance pode derivar de ação (comissão) ou omissão, pode decorrer de descumprimento contratual ou de violação extracontratual, e, por fim, pode atingir vítimas imediatas ou por ricochete, como, por exemplo, parentes que sofrem por perda de uma chance da vítima¹⁹².

Nota-se, pois, que o dano verificado na perda de uma chance “[...] consiste na perda de uma expectativa favorável (dano imediato)”¹⁹³. Quando se refere à perda de uma chance, fala-se, então, de uma expectativa perdida que era favorável ao lesado.

No que tange à natureza do instituto em comento, existe uma certa divergência entre os doutrinadores. Existem “[...] aqueles, em menor número, que não admitem a noção

191 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

192 VINEY, Genevieve; JOURDAIN, Patrice, 2006 p. 96 *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: Anderson Schreiber ... [et. al.]; coord. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 442.

193 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: Anderson Schreiber ... [et. al.]; coord. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 441.

de chance perdida como dano indenizável, cabendo apenas à aplicação da chamada causalidade parcial, o que coloca em xeque a autonomia das chances perdidas”¹⁹⁴.

Por outro lado, outros doutrinadores consideram a perda de uma chance como um dano específico, que independe do dano final (vantagem esperada perdida)¹⁹⁵, de modo que a sua classificação (dano emergente; lucro cessante; dano moral ou dano autônomo) diverge de doutrina para doutrina.

Fernando Noronha, por exemplo, classifica a perda da chance, qualquer que seja a modalidade, como um dano específico (dano da perda da própria chance) que difere, entretanto, dos eventuais benefícios que eram esperados¹⁹⁶.

Para quantificar o dano proveniente da perda de uma chance, “[...] a reparação da chance perdida, sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e, definitivamente, perdida pela vítima. Até mesmo nas espécies de dano moral, esta regra deve ser obedecida”¹⁹⁷.

Traçadas as noções gerais da teoria da perda de uma chance, cabe ressaltar as suas modalidades.

3.2 Modalidades da perda de chance

Segundo Fernando Noronha, existem algumas modalidades de chances perdidas, quais sejam: a) Perda da chance de obter uma vantagem futura; b) Frustração da chance de evitar um dano que ocorreu – subdividida em: 1) Perda da chance de evitar com que outrem sofresse um prejuízo; c) Perda de uma chance por falta de informação¹⁹⁸.

194 TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 958, ago. 2015.

195 TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 958, ago. 2015.

196 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

197 SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

198 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

A primeira e mais importante dessas modalidades diz respeito às hipóteses que designaremos de perda da chance de obter uma vantagem futura, hipóteses que na doutrina francesa são conhecidas também como a perda de chance clássica [...] Das duas modalidades que são de frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, a primeira é constituída pelos casos em que o indigitado responsável podia e devia ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado um fato diverso daquele que lhe é imputado. Nela, como na perda de chance clássica, também havia um processo em curso, mas agora este é danoso e chegou ao seu final, tendo efetivamente causado o dano receado [...] A segunda modalidade relativa a danos presentes, em que falaremos em perda de uma chance por falta de informação, diz respeito à frustração da oportunidade de tomar uma decisão esclarecida, devido a ter havido quebra de um dever de informar, que recaía sobre outra pessoa. Acontece quando alguém sofre um determinado dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar. São casos em que uma decisão mais esclarecida, a ser tomada pelo próprio lesado, poderia eliminar o risco de este sofrer o dano, ou pelo menos poderia reduzi-lo¹⁹⁹.

Nota-se, deste modo, que no tocante à perda de uma chance por falta de informação, esta abrangeria casos em que uma decisão mais esclarecida tivesse o condão de extirpar por completo os riscos de ocorrência do dano pelo lesado, bem como hipóteses em que esta fosse apta a reduzir, ao menos, tais riscos.

3.3 Requisitos específicos da teoria da perda de uma chance

É bem sabido que não é qualquer chance que autoriza a aplicação da teoria da perda de uma chance, mas, para tanto, imperioso que a chance seja séria e real, ou seja, tal teoria não é aplicável nos casos em que “[...] a chance da vítima auferir uma vantagem é meramente hipotética, mas sim, deve haver uma probabilidade razoável de que o fato poderia acontecer caso não houvesse interferência do agente”²⁰⁰.

199 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

200 SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

Nesta esteira,

Há de se diferenciar, nesse diapasão, as chances sérias de simples esperanças subjetivas, justamente pelo exame objetivo a que essas chances são submetidas, revestindo-se de seriedade e realidade. A este respeito, alguns doutrinadores advogam a reparação à vítima mediante demonstração de que o resultado pretendido era superior a 50% (cinquenta por cento)²⁰¹.

Por conseguinte, resta cristalizado que a mera esperança subjetiva não dá lugar à indenização por perda de uma chance, sendo imprescindível que reste configurada uma probabilidade significativa de obtenção da vantagem caso o ilícito não fosse cometido.

A celeuma que se instaura no meio jurídico abarca o percentual mínimo de chances da vítima de obter sucesso no evento aleatório, a justificar a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Conforme asseverado anteriormente, alguns doutrinadores defendem a reparação da vítima mediante demonstração de que a possibilidade de se lograr o resultado pretendido/vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento).

A Corte de Cassação Italiana adota entendimento no sentido de que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente seria atingido se a vítima lograsse comprovar que detinha, ao menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem almejada, ou seja, que a ação de agente aniquilou 50% de suas chances de perfazer o desiderato²⁰².

Rafael Peteffi da Silva traça sua opinião com relação ao entendimento adotado pelo Direito italiano:

Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos

²⁰¹ TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 958, ago. 2015.

²⁰² CHINDEMI, Domenico, 2010, p. 40-41 *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 141.

nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização²⁰³.

Já com relação ao sistema norte americano, nas hipóteses de responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, aplica-se o padrão de causalidade *"more likely than not"* (mais provável que não), oportunidades nas quais somente restarão verificadas ações julgadas com base no modelo da teoria da perda de uma chance quando o ato do agente venha a retirar menos de 50% das chances da vítima de auferir a vantagem esperada²⁰⁴. Isso em razão do fato de que:

Pela aplicação do referido padrão de causalidade, caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) sofrido pela vítima, tornando inaplicável, portanto, a utilização da teoria da perda de uma chance²⁰⁵.

A doutrina francesa, de seu turno, admite uma enorme gama de aplicações da teoria da perda de uma chance, envolvendo a seara empresarial e judicial, sendo que não lhe passa despercebida a dificuldade inerente aos casos em que o cálculo das chances perdidas não detém o suporte de estatísticas confiáveis²⁰⁶.

Ainda, "a jurisprudência francesa costuma analisar com maior rigor a seriedade das chances perdidas quando estas representam danos futuros"²⁰⁷.

Assim, apesar de não existir unanimidade no direito comparado, em relação ao percentual mínimo de chances da vítima obter sucesso no evento aleatório, para a aplicação da teoria da responsabilidade civil

203 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 141-142.

204 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 141.

205 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 141.

206 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 140.

207 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 140.

pela perda de uma chance, existe consenso de que as chances devem ser, no mínimo, sérias e reais²⁰⁸.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior, os precedentes jurisprudenciais admitem a indenização decorrente da perda de uma chance apenas aos casos em que era altamente provável a obtenção de uma vantagem, concluindo que a mera esperança subjetiva não daria azo à incidência de indenização²⁰⁹.

Rafael Peteffi da Silva ainda realizou uma conexão entre o ordenamento brasileiro e italiano, ao dispor que “a limitação delineada em Itália nunca obteve respaldo jurisprudencial no Brasil e, recentemente, a doutrina pátria também se mostrou refratária à tese, de maneira muito eloquente”²¹⁰.

À vista disto, pode-se concluir que delimitar os critérios para a justa aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos concretos constitui tarefa complexa, tanto é que não existe um critério universal aplicável. O mais recomendável é que seja empregada uma análise das peculiaridades do caso concreto, pois os casos reais exigem um exame individualizado.

4 COMPROVAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE E ANÁLISE PROBATÓRIA

Tarefa mais árdua que delimitar os requisitos para a aplicação da teoria da perda de uma chance consiste na comprovação prática da perda de uma chance pela parte que ingressa em juízo e pleiteia indenização em razão dos prejuízos sofridos. A comprovação da perda de uma chance dependerá de alguns critérios, conforme demonstrado a seguir.

4.1 Nexó de causalidade

208 SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

209 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: Anderson Schreiber ... [et. al.]; coord. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 460.

210 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 142.

De forma geral, para obter a indenização pela perda de uma chance, competirá à vítima provar a existência do nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

[...] a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada” [...]. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas²¹¹.

Fernando Noronha, por sua vez, traça algumas distinções entre as modalidades da perda de chance, com relação ao quesito prova. Em relação à modalidade que abrange a perda da oportunidade de obter vantagem futura, aduz que a procedência da ação indenizatória dependerá de dupla comprovação: prova do nexo de causalidade entre o fato antijurídico e o suposto dano e prova do próprio dano²¹².

Ademais, Fernando Noronha elucida, a respeito da prova do nexo causal entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano, o seguinte:

A nosso ver, é suficiente, para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos em que esse fato antijurídico não possa ser tido como de todo indiferente ao prejuízo alegado [...] Depois de provada a causa da interrupção do processo, isto é, depois da prova do nexo causal, vem a prova do próprio dano [...]²¹³.

De outra banda, no que concerne às circunstâncias donde verifica-se perda da chance de evitar prejuízo ocorrido, Fernando Noronha disciplina que:

A questão do nexo causal, mesmo nos casos de perda da chance de evitar um dano que aconteceu, fica resolvida se foi produzida prova suficiente para demonstrar que o fato antijurídico que estiver em

211 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 142-143.

212 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

213 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

questão criou uma séria possibilidade de ocorrência do dano. Se a dúvida que fica subsistindo é apenas porque existe uma outra causa possível, terá de ficar a cargo do indigitado responsável o ônus da prova capaz de destruir a presunção de causalidade que milita contra ele: provado que o evento atribuído ao indigitado responsável foi uma condição do dano, fica presumido o nexo de causalidade adequada; se ele praticou um fato suscetível de causar o dano, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e o dano²¹⁴.

Precisamente, em se tratando da perda das chances de evitar um dano ocorrido, a questão do nexo causal restará solucionada se as provas forem capazes de atestar que o fato antijurídico originou uma séria possibilidade de ocorrência do dano levantado, além do fato de que incumbe ao acusado o ônus da produção de prova capaz de extinguir a presunção de causalidade que milita contra ele.

Os exemplos mais característicos da modalidade de perda de chance de evitar um prejuízo presente residem em casos que envolvem responsabilidade médica, compreendendo as chamadas chances de cura ou de sobrevivência. A extensão da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance aos casos aventados, donde verifica-se danos ocorridos, segundo afirma Fernando Noronha²¹⁵, suscitou acirrada controvérsia dentre os doutrinadores franceses, uns são favoráveis ao feito, enquanto:

A grande maioria nega que nestes casos seja possível invocar a perda de chances e afirma que todo o problema se resume a uma questão de prova do nexo de causalidade: ou este fica provado e há que conceder a indenização, ou não fica e o réu tem de ser absolvido, por o dano ser incerto [...] Como se vê, para todos estes autores valeria, nesta matéria, a regra do "ou tudo, ou nada": ou se prova que a falha terapêutica contribuiu efetivamente para o dano e o médico será responsável, e pela integralidade dele, ou não se faz prova

²¹⁴ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

²¹⁵ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

absolutamente cabal dessa relação de causa e efeito, e ele não responderá por nada²¹⁶.

Rafael Peteffi da Silva tece as mesmas considerações envolvendo a temática, conforme observa-se:

Os debates mais acalorados sobre necessidade, adequação e oportunidade da aceitação sistemática da responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica são encontrados na doutrina estrangeira. Em França, a maioria das posições doutrinárias é contrária à aceitação dessa espécie de chance perdida. Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao “perigo sistemático” engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório²¹⁷.

Com base na maioria das posições doutrinárias francesas, desta forma, o médico responderá integralmente pelo dano ocasionado ou será isento de quaisquer responsabilidades, ao passo que para ensejar a responsabilidade integral do profissional, deverá ser exigida a comprovação cabal de que a falha terapêutica contribuiu efetivamente para o dano (relação de causa e efeito).

4.2 Prova do dano: perda de uma chance séria e real

Após a comprovação do nexo de causalidade, resta comprovar o próprio dano. “[...] é preciso demonstrar que este efetivamente existe e qual é o seu montante. Esta é uma prova mais difícil”²¹⁸.

Reiterando, a perda de uma chance consiste num dano específico e difere do dano final, isto é, da vantagem almejada que fora frustrada, por exemplo. Tendo tal conceito em mente, deve-se averiguar, obrigatoriamente, conforme os requisitos específicos do instituto, se a chance perdida sustentada era séria e real, pois do contrário não haverá que se falar em dever de indenizar. No entanto, “[...] impossível que um simples conceito de

²¹⁶ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

²¹⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 246.

²¹⁸ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operador do direito, pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis”²¹⁹.

Na análise do caso concreto, “[...] para se saber a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, como se dispõe no art. 335 do CPC (LGL\1973\5)’²²⁰.

O artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973²²¹ corresponde ao artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015²²², que dispõe que o magistrado deverá aplicar as regras da experiência comum com base na observação do que ordinariamente ocorre, bem como as regras de experiência técnica.

4.2.1 Casos clássicos provenientes dos ordenamentos jurídicos estrangeiros:

A chance consiste em algo abstrato e, em vista disso, estabelecer parâmetros e comprovar que as chances eram sérias e reais, para fins de indenização, é algo complexo.

Daniel Amaral Carnaúba, no que toca aos julgados provenientes da Corte de Cassação da França, afirma:

A análise dos julgados proferidos pela Corte de Cassação revela que dois elementos são levados em consideração. De um lado, as probabilidades envolvidas no caso. De outro, a prova de que a chance em questão interessava concretamente ao seu beneficiário. ²²³

Com relação ao primeiro elemento, probabilidade, é de se pressupor que quanto maior a probabilidade que existia para a concretização da chance perdida, maior será a

²¹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 139.

²²⁰ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm Acesso em: 17 dez. 2022.

²²² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

²²³ CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método, 2013, v. 13, p. 126.

possibilidade de os magistrados considerarem que as chances eram sérias e reais e o oposto também é verdadeiro.

A ideia foi expressa pela Corte de Cassação em um julgado proferido em 4 de abril de 2001, referente a uma ação de responsabilidade intentada contra um advogado negligente. A *ratio decidendi* não poderia ser mais clara: “considerando que, quando um dano consiste na perda da chance de êxito em juízo, o caráter real e sério da chance perdida deve ser apreciado com relação à probabilidade de sucesso desta ação”.²²⁴

No que tange ao segundo elemento, que se refere ao interesse concreto do beneficiário na chance em questão:

Nesses casos, os juízes fizeram uso do requisito para evitar as demandas oportunistas: pouco provável ou muito provável, a chance não será considerada séria se a vítima não for capaz comprovar seu interesse particular naquela oportunidade perdida.²²⁵

No que diz respeito ao quesito provas para demonstrar o interesse particular na oportunidade perdida, tem-se que:

Essa prova é normalmente extraída dos esforços que a vítima empregou na obtenção da vantagem aleatória. É por essa razão que a jurisprudência francesa adota uma postura severa em relação aos demandantes que se queixam de ter perdido a chance de exercer uma profissão, mas que não estavam até então engajados em uma atividade específica para o mister em questão.²²⁶

²²⁴ Civ. 1a, 4 abr. 2001, JCP 2001, II, 10640 nota C. NOBLOT. V. também: Civ. 1a, 7 maio 2008, Gaz. Pal. 2008, nº 330, p. 18, nota É. MULON *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 126.

²²⁵ Crim., 6 jun. 1990, RTD Civ. 1991, p. 121, RTD Civ. 1992, p. 109, nota P. JOURDAIN; Crim., 4 dez. 1996, Bull. Crim., nº 445, p. 1301 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 126.

²²⁶ Y. CHARTIER, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, op. cit., nº 31, p. 42-43 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 127.

Daniel Amaral Carnaúba cita um exemplo em que a jurisprudência francesa aplicou o elemento concernente ao interesse concreto do beneficiário na chance perdida, veja-se:

Por outro lado, os tribunais franceses não hesitam em reparar a oportunidade de ascender a uma carreira específica quando a vítima preparava-se para essa profissão. Por exemplo, a alta Corte cassou, em 1961, uma decisão que denegava a uma jovem, vítima de um acidente, a reparação das chances de se tornar comissária aérea. A despeito do fato de que a demandante “não exercia, na época do acidente, nenhuma atividade assalariada”, a Corte de Cassação ressaltou que “ela acabara de concluir estudos específicos e de realizar uma viagem à Inglaterra para melhorar seus conhecimentos de inglês, com o objetivo de se preparar para a profissão de comissária de bordo”, e que desse modo o acidente a havia “impedido de aproveitar sua aptidão para o emprego em questão, aptidão essa obtida com seu trabalho especialmente realizado para tanto e pelas despesas que incorreu em sua preparação”²²⁷.

No mesmo sentido, cabe ressaltar julgado pertencente aos tribunais franceses, donde o prejuízo material sofrido pela viúva da vítima, estudante de medicina atingido fatalmente em um acidente, não fora ignorado pelas Cortes de Apelação e Cassação. A tragédia teria interrompido a ascensão brilhante da vítima, estudante que já se encontrava no sexto ano de medicina²²⁸.

No mais, Daniel Amaral Carnaúba faz referência a dois julgados idênticos proferidos na década de 1980, os quais retratavam a seguinte situação:

Os recursos interpostos eram idênticos: os herdeiros de um empregado, falecido em um acidente fatal, se insurgiam contra uma decisão que lhes havia negado a reparação das chances de melhorar sua condição financeira. Nos dois casos, os demandantes argumentavam que a vítima direta poderia exercer uma nova

²²⁷Civ. 2a Sec., 17 fev. 1961, Gaz. Pal. 1961, I, p. 400 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 127.

²²⁸Crim., 24 fev. 1970, D. 1970, p. 307, nota P. le TOURNEAU, JCP 1970, II, 16456 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 127.

atividade após sua aposentadoria, o que aumentaria os recursos da família²²⁹.

A despeito do fato de serem idênticos, segundo Daniel Amaral Carnaúba, havia apenas uma diferença relevante entre os dois litígios mencionados. Em um dos julgados, o *de cujus* já se encontrava, antes mesmo do acidente, em vias de negociação para se tornar um consultor²³⁰.

No outro julgado, entretanto, não havia qualquer traço da atividade que possivelmente seria exercida pelo *de cujus*, oportunidade na qual a viúva se limitava a apontar a possibilidade de o *de cujus*, após sua aposentadoria, vir a aumentar o seu salário mediante o exercício da profissão de motorista de ambulância ou outro ofício²³¹.

Com relação ao julgamento final de ambos os litígios:

[...] foi precisamente essa diferença que levou a Corte de Cassação a tomar decisões diametralmente opostas em cada um desses casos: os ministros cassaram o primeiro julgado – a Corte de Apelação não poderia ignorar que a vítima direta havia recebido proposições “reais e sérias” para continuar a trabalhar como consultor, após sua aposentadoria –, mas confirmaram o segundo – “nenhuma prova fora produzida pelo demandante acerca da perda efetiva de uma chance séria de melhoria de seus proventos”²³².

Repara-se que um pequeno detalhe, qual seja a prova concreta de que o falecido estava em vias de negociação para trabalhar como consultor, fora suficiente para que o resultado final fosse distinto de caso semelhante donde persistia a ausência da intenção exteriorizada da vítima direta de exercer qualquer atividade após a sua aposentadoria.

²²⁹CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 128.

²³⁰Crim., 15 jun. 1982, Bull. Crim., nº 159 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 128.

²³¹Crim., 11 mar. 1986, Bull. Crim., nº 103, p. 265 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 128.

²³² CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 128.

Denota-se que as chances foram consideradas sérias e reais com relação à demanda que concretizava uma intenção futura exteriorizada de algum modo. Entretanto, o fundamento relacionado ao segundo julgado, baseado em suposições de intenções futuras não exteriorizadas por meio de provas concretas, fora insuficiente para que as chances sustentadas fossem consideradas sérias e reais e, portanto, para que o pleito fosse acolhido.

Com isso, infere-se que tal parâmetro demanda a apresentação de provas concretas que exteriorizem ou materializem a intenção futura ou os planos futuros, relacionados à chance perdida em decorrência da superveniência de um evento danoso. A partir de tal conjunto probatório, seria possível, portanto, auferir a presença ou a ausência do interesse concreto da vítima na obtenção da vantagem almejada.

Via de regra, parece que referido critério é detentor de maior objetividade em termos probatórios, transparecendo, muitas vezes, maior facilidade na comprovação de uma intenção, plano futuro ou dos esforços despendidos para lograr determinada vantagem, afinal de contas, já é árdua a tarefa de quantificar numericamente a probabilidade de perfazer um desiderato.

Ainda, nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba, ao fazer menção ao grau de importância da chance perdida para o prejudicado:

Note-se então que, quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, eles não querem nada além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que, assim, essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos tribunais é de descartar os falsos interesses, inexplicavelmente “descobertos” pela vítima apenas no momento em que ela propôs sua ação de reparação²³³.

Ao rememorar os parâmetros adotados pelo sistema jurídico italiano, donde o requisito da seriedade e certeza das chances perdidas somente seria atingido se a parte lograsse comprovar que detinha, ao menos, 50% de probabilidade de obter vantagem almejada ou esperada, Rafael Peteffi da Silva, por sua vez, lança duras críticas ao dito sistema, utilizando um exemplo voltado aos concursos ou licitações:

²³³ CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 127.

Se a tendência encontrada no direito italiano fosse apoiada, casos que tratam da perda da chance de obter aprovação em determinado concurso ou licitação pública, comuns nos ordenamentos francês e norte-americano, somente poderiam ser admitidos se restassem apenas dois concorrentes, pois somente dessa maneira a vítima poderia obter mais de 50% de chances de lograr êxito no certame público. Caso a última fase de um concurso público contasse com quatro candidatos, aquele que fora eliminado injustificadamente nunca poderia ajuizar uma ação de indenização, pois contaria, dependendo do caso concreto, com algo em torno de 25% de chances de obter sucesso. 234

Daniel Amaral Carnaúba adota o mesmo posicionamento ao traçar breves considerações a respeito do exemplo dos concursos, veja-se:

Em nosso ver, essa imposição pode gerar discriminações injustificáveis. Pensemos nas hipóteses em que a vítima foi impedida de participar de um concurso. Na maioria dos casos, o candidato está apostando contra as probabilidades – suas chances de ser aprovado são muito menores que as chances de reprovação. Devemos, por essa razão, considerar que o interesse em questão não é relevante, negando-lhe a reparação? Tal solução nos parece injusta [...]. Não se pode ignorar que algumas oportunidades, conquanto inferiores a 50%, podem representar interesses particularmente importantes para aqueles que as detêm.²³⁵

De fato, nas hipóteses que envolvem certames públicos, a aplicação apenas do critério voltado para uma quantificação da probabilidade de aprovação poderia restar inadequado, pois retrataria um critério generalista, sem levar em conta os esforços individuais empregados por cada candidato ou até mesmo, a própria natureza da situação imposta (apostar contra as maiores chances de reprovação, na maioria das vezes). Ora, impossível de olvidar que existem candidatos que se dedicam majoritariamente aos estudos, tendo como aspiração profissional principal lograr determinado cargo público.

Posto isso, com relação aos concursos, se os tribunais levarem em consideração os parâmetros voltados ao interesse concreto que o candidato depositava na aprovação e aos

234 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 142.

235 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 124.

esforços despendidos para tanto, o campo probatório inerente ao pleito indenizatório abrangerá uma maior extensão. Outrossim, a ampliação do campo probatório viabilizaria maiores possibilidades de procedência dos pedidos de reparação pela perda de uma chance nestas ocasiões.

No caso, com base nos precedentes, o candidato que teve a sua participação em certame público prejudicada, talvez, teria de comprovar, em juízo, os esforços despendidos nos estudos para atingir a desejada aprovação, apresentada comprovação da realização de matrícula e investimentos financeiros em cursos preparatórios, frequência regular nas aulas preparatórios, depoimentos de pessoas próximas etc.

Cabe citar, ainda, um litígio julgado pela Corte de Apelação da Irlanda, que faz uso do critério da probabilidade de obter determinada vantagem, para quantificar, inclusive, a indenização a ser conferida a título de perda de uma chance, exemplificado por Rafael Peteffi Silva, nos seguintes termos:

A Corte de Apelação da Irlanda fornece um julgado semelhante ao caso Hicks v. Chaplin. Em Fryers v. University of Ulster, a autora logrou provar que foi impossibilitada, por questões raciais, de participar da última fase de um processo seletivo para obtenção de um emprego. O tribunal decidiu que a vítima possuía vinte e cinco por cento (25%) de chances de obter o referido emprego e a quantificação respectiva deveria observar esta probabilidade²³⁶.

No caso acima trazido à lume, tem-se que, para efeitos de reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, fora acolhido uma probabilidade abaixo de 50% (25%). Logo, o pedido indenizatório por perda de uma chance poderá se concretizar a partir de parâmetros justos, sem a imposição de um percentual limitador mínimo para fins de critérios:

Mesmo na Itália, os juízes por vezes se afastam do referido critério. Em um julgado proferido em 22 de abril de 1993, a Corte Suprema de Cassação italiana afirmou que bastava à reparação de chances “a razoável certeza da existência de uma não ignorável probabilidade favorável (não necessariamente superior a 50%)”²³⁷.

236 N.I.C.F. 2668 (Transcript) (N. Ir. 1998) *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 180.

237C. Supr. Cass., 22 abr. 1993, nº 4725. No mesmo sentido, v. D. CHINDEMI, Il danno da perdita di chance. Milão: Giuffrè, 2007, p. 156-157 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA,

Observa-se, a seguir, o exame da temática da perda de uma chance perante a jurisprudência brasileira.

4.2.2 Critérios da responsabilidade civil por perda de uma chance perante a jurisprudência brasileira

Conforme atesta Rafael Peteffi da Silva, apesar do crescente número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance na jurisprudência brasileira, seria impróprio afirmar que tal teoria goza de aplicação geral e irrestrita em âmbito nacional²³⁸.

Daniel Amaral Carnaúba, por sua vez, afirma que os magistrados brasileiros repelem oportunidades pouco consistentes, sob o pretexto de que a chance sustentada não era real ou séria²³⁹.

Nesta esteira, o próprio Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de demandar prova da certeza da chance perdida, observa-se:

A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação²⁴⁰.

A jurisprudência brasileira, assim como a jurisprudência estrangeira, emprega diversos critérios para delimitar se uma chance é séria e real, conforme será visto adiante.

Com relação ao critério da probabilidade (critério percentual):

O próprio Superior Tribunal de Justiça parece não se render ao critério da cifra única. De um lado, os acórdãos que utilizam o conceito de "chance real e séria" não mencionam qualquer patamar mínimo de probabilidades a servir de parâmetro. De outro lado, há precedentes que expressamente repeliram o critério numérico

Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 124.

238 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 197.

239 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 182.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.291.247/RJ**, Terceira Turma, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/8/2014, DJe de 1/10/2014.

proposto, concedendo indenizações a chances cujas probabilidades êxito eram inferiores a 50%. Esse entendimento foi também sufragado pelo mencionado enunciado nº 444 da 5ª Jornada de Direito Civil, que, em sua parte final, explicita que a chance reparável “deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”²⁴¹.

Nada obstante, no que concerne à aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos que englobam desídia na atuação dos advogados, deverá restar provado o requisito da seriedade das chances perdidas, atrelado, por sua vez, à análise da probabilidade de êxito da pretensão formulada em juízo, conforme um dos entendimentos já proferidos pela 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Como se vê, para a aplicação da referida teoria, não é bastante a comprovação de que o advogado tenha atuado com desídia. Impende, pois, ao Magistrado, em situações desse jaez, a análise ponderada da possibilidade de acolhimento da pretensão formulada em Juízo e derrotada precisamente em razão das falhas do advogado no patrocínio da causa²⁴².

Há de se mencionar uma hipótese bastante conhecida no direito brasileiro, donde as chances de obtenção da vantagem esperada eram abaixo de 50% e, mesmo assim, ocorreu a fixação de indenização decorrente da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, consistindo no caso designado de “Show do Milhão”.

A teoria da perda de uma chance foi acolhida em sentença de primeira instância, mas, erroneamente, concedeu o pedido no valor postulado. Como não se poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta se a pergunta fosse formulada de maneira correta, a indenização a ser fixada deveria ser inferior ao montante final que a autora receberia, caso acertasse. A ré interpôs recurso de apelação, tendo o TJBA negado provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença. Contra este acórdão, a ré interpôs recurso especial, alegando que a chance da autora responder corretamente

241 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 184.

242 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0116855-15.2007.8.26.0003**, Relator: Adilson de Araujo, Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível, Data do Julgamento: 20/09/2011, Data de Registro: 20/09/2011.

a última pergunta seria de 25%. No caso em tela, vê-se que a chance perdida foi considerada como dano material. Considerou o ministro que a conduta da ré inviabilizou a conquista do prêmio máximo pela autora e fixou a indenização com base no percentual matemático das chances que ela teria de acertar a resposta, caso a pergunta fosse bem formulada, ou seja, 25%, o equivalente a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)²⁴³.

Insta ressaltar, no mais, um caso julgado pela Câmara Especial Regional de Chapecó, em que uma transportadora fora obstada de participar de diversas licitações realizadas em 2009, dado que não conseguiu comprovar a sua regularidade fiscal estadual por culpa de instituição financeira, que deixou de adimplir os tributos dos veículos, de sua incumbência (débitos relativos aos veículos, os quais tinham sido transferidos à instituição financeira, no exercício anterior, que não impugnou tal responsabilidade tributária)²⁴⁴.

No caso levantado, a Câmara Especial de Chapecó reconheceu a incidência da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, ao qual a chance concreta e considerável da vítima de participar e obter êxito em diversos leilões ocorridos no ano de 2009, fora subtraída²⁴⁵.

Ainda, o julgado mencionado faz referência ao rol de provas documentais e testemunhal, que demonstra que a empresa detinha chances reais de obter êxito nos certames (juntada das autorizações de transportes rodoviários decorrentes do vencimento de licitações anteriores; depoimento contundente de indivíduo que, à época, prestava serviços à transportadora e etc.), sustentando o parâmetro da alta probabilidade (manifesta no conjunto probatório dos autos) da concretização da chance ou oportunidade perdida²⁴⁶.

Outro critério a ser considerado para fins de configuração de chances sérias e reais corresponde ao parâmetro de proximidade temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria de fato usufruída, de modo que a chance perdida será compreendida como um interesse relevante para a vítima se, no momento do acidente,

243 TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 958, ago. 2015.

244 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2013.058985-0**, de Xaxim, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 29-11-2013.

245 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2013.058985-0**, de Xaxim, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 29-11-2013.

246 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2013.058985-0**, de Xaxim, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 29-11-2013.

esta gozava da oportunidade em questão ou ainda, se tal oportunidade seria usufruída em breve²⁴⁷.

Nesta senda, a produção de provas seria no sentido de comprovar justamente que a vítima iria usufruir, em breve, da oportunidade perdida ou já gozava da oportunidade quando de ato obstrutor. Como, por exemplo, um caso julgado pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁴⁸, no qual a apelante prestou prova e foi selecionada para residência médica na Secretária de Estado de Saúde do Estado de São Paulo, porém, perdeu a oportunidade de efetuar a matrícula presencialmente, em data e horário estipulados (conforme estipulava o edital do concurso, sob pena de perder a vaga), em decorrência de cancelamento de voo, após atraso inicial (motivo de alegada falha mecânica na aeronave).

No caso acima ilustrado, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu a perda da oportunidade profissional como relevante e majorou o valor referente aos danos morais (faz compreender que a perda de uma chance detém sua inserção nos danos morais), entendendo tal feito como razoável e proporcional à reparação da chance desperdiçada, veja-se:

Considerando-se as circunstâncias do caso, em que houve a perda de relevante oportunidade profissional, que não se repete usualmente e que demandou a espera por mais de um ano para nova prova, sem a certeza de que voltaria a passar, e, ainda, para garantir proporcionalidade com outros casos aqui julgados, de menor impacto moral, entendo que o valor do dano moral deva ser majorado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Esse valor é razoável e proporcional à reparação da chance perdida e serve como fator repressor para a reiteração da conduta culposa, sem haver enriquecimento ilícito. 249

Pode-se afirmar que a vítima usufruiria da oportunidade profissional (efetivar a matrícula em residência médica) o mais breve possível, pois o mais difícil já havia logrado, a sua aprovação, só não tendo conseguido comparecer presencialmente em data e horário

247 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 185.

248 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **8ª C. Cível - 0004219-24.2016.8.16.0083**, Francisco Beltrão, Relator: Desembargador Vicente Del Prete Misurelli, j. 12.04.2018.

249 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **8ª C. Cível - 0004219-24.2016.8.16.0083**, Francisco Beltrão, Relator: Desembargador Vicente Del Prete Misurelli, j. 12.04.2018.

designados para matrícula, em virtude do cancelamento do voo um pouco antes (era o que restava). Resta evidente, portanto, nesta ocasião, a presença do requisito da proximidade temporal entre o evento danoso e o momento de usufruto da chance.

Existe um terceiro critério, também, utilizado, pela jurisprudência brasileira para a averiguação do caráter real e sério das chances perdidas. Segundo Daniel Amaral Carnaúba²⁵⁰, condiz com a atitude da vítima com relação à chance perdida, notadamente, se ela estava empregando os devidos preparos para usufruir da chance, isto é, adotando medidas capazes de permitir o seu gozo ou de ampliar as probabilidades.

Nesse sentido, podemos entender a recusa do Superior Tribunal de justiça em acolher a demanda de um casal que requeria a reparação da perda da chance de evitar a alienação do imóvel que lhe pertencia. Dado em garantia para o pagamento de uma dívida, o referido bem fora leiloado extrajudicialmente pelo credor sem que os proprietários fossem intimados do ato. Com base no contexto fático, notadamente na ausência de provas da efetiva possibilidade ou intenção dos proprietários de fazer uso de seu direito de purgar a mora, o Superior Tribunal negou o pleito reparatório, afirmando que a oportunidade em questão não era “real, plausível e séria”. Afinal, “além de diversas vezes cientificados por avisos de convocação para saldarem prestações em atraso (...), os próprios autores relatam que envidaram tratativas para composição dos débitos junto ao banco, sem êxito. (...) Somente depois de quase um ano e meio decorrido do leilão é que se animaram os autores em perseguir sua anulação”. Somados aos demais elementos dos autos, esses fatos permitiam “a ilação de que os recorridos jamais demonstraram a intenção de purgar a mora ou mesmo de efetuar o pagamento dos valores devidos ao recorrente”²⁵¹.

Outrossim, a Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a perda de chance de uma vítima de um acidente de trânsito (um rapaz jovem), evento danoso que acarretou a sua invalidez profissional (atuava como jogador profissional de voleibol e aduziu ter sofrido lesões de natureza irreversível), bem

250 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 186.

251 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.115.687/SP**, Relator: Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2010 *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: A álea e a técnica. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 186.

como que ceifou a sua possibilidade de se tornar um atleta de alto nível (interrupção de promissora carreira de atleta profissional)²⁵².

No caso aventado, a vítima logrou demonstrar que a oportunidade perdida de se tornar um atleta de alto nível representava um interesse relevante, isto é, que adotava medidas capazes de ampliar as suas probabilidades para tanto, eis que não só integrava a equipe juvenil do Esporte Clube Banespa (na condição de jogador de voleibol), como os depoimentos constantes dos autos, emitidos pelo preparador físico, fisioterapeuta do mencionado time e outro, foram uníssonos em evidenciar o potencial e o propósito do jovem em evoluir na carreira de atleta profissional²⁵³.

Os depoentes destacaram, inclusive, que o jovem chegou a treinar com a equipe juvenil da seleção brasileira de voleibol, evidenciando, ainda mais, os esforços empregados no sentido de alavancar a sua carreira profissional e o interesse na causa, sendo que, ao que tudo indica, a perda da chance sofrida fora mensurada no bojo dos danos morais, sob o pretexto de que não foram apresentados elementos sólidos que viabilizassem o balizamento na fixação do dano²⁵⁴.

Diante dos casos propostos, pressupõe-se que a jurisprudência brasileira adota inúmeros critérios para diferenciar as chances sérias e reais a justificar a incidência de responsabilidade civil por perda de uma chance, de demandas oportunistas e fundadas em chances hipotéticas.

Entretanto, é fato que a jurisprudência, por vezes, confunde a perda de chance com um simples fato gerador de danos morais²⁵⁵, oportunidade em que afirma que o erro do causador do dano privou a vítima de uma chance ou de uma oportunidade/vantagem, e, ato contínuo, o culpado é condenado a reparar os danos morais causados pela perda, ao mesmo tempo em que “[...] não há uniformidade de nossos julgadores quanto ao que se

252 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0002093-70.2010.8.24.0056**, de Santa Cecília, Relator: Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 06-12-2016.

253 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0002093-70.2010.8.24.0056**, de Santa Cecília, Relator: Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 06-12-2016.

254 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0002093-70.2010.8.24.0056**, de Santa Cecília, Relator: Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 06-12-2016.

255 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 175.

entende por perda de chances” 256.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta clarividente a importância, assim como a atualidade da teoria estudada. A reflexão proposta no presente estudo parte do conceito da responsabilidade civil, destacado o dano como propulsor da teoria da perda de uma chance, pois é nele que se materializa a chance perdida.

Em se falando do dano que origina a responsabilidade civil por perda de uma chance, imperioso ter em mente que este consiste na perda de uma expectativa favorável, divergindo, portanto, dos eventuais benefícios almejados.

No que tange à incidência da teoria da perda de uma chance, não vigora entendimento jurisprudencial pacífico, ensejando relevantes dificuldades na aplicação prática e concreta do instituto perante os tribunais do mundo inteiro.

Assim, como reflexo da divergência doutrinária imperante, não foram encontrados parâmetros uniformes para uma perfeita harmonização inerente ao emprego da teoria da perda de uma chance, porém, não obstante as inúmeras discordâncias vigentes, parece ser de consenso geral que, para fins reparatórios, a chance perdida deverá ser séria e real.

É, pois, de consenso geral que a chance deverá ser séria e real, a fim de caracterizar a aplicação da teoria, ao passo que chances meramente hipotéticas não ensejariam a responsabilidade civil por perda de uma chance. Entretanto, os critérios para a classificação de uma chance perdida como séria e real não são unânimes, configurando, muitas vezes, tarefa árdua a distinção entre tais, de meras suposições despidas de caráter sério.

Eis que, inúmeras vezes, cada nação é conhecida por adotar um parâmetro predominante para definir a seriedade das chances sustentadas em juízo. A Corte de Cassação Italiana, por sua vez, atrela o requisito da seriedade e certeza das chances perdidas ao feito da vítima de comprovar que detinha, ao menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada. Tal critério numérico taxativo é extremamente criticado no meio jurídico, visto que é inviável ignorar que algumas oportunidades, conquanto sejam inferiores a 50%, representam, muitas vezes, interesses particularmente importantes para os seus detentores.

A classificação de uma chance como séria e real demanda, muitas vezes, a análise das peculiaridades do caso concreto (análise caso a caso), dado o grau de complexidade da temática. A definição de critérios generalistas a abarcar todos os casos, presentes e

256 CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013, v. 13, p. 182.

futuros, para delimitar se uma chance perdida era séria e real, revela-se inviável, pois os casos reais não gozam de total exatidão e exigem um exame subjetivo.

De forma reflexa, a análise probatória, envolvendo hipóteses de reparação civil por perda de uma chance, assim como a definição dos requisitos caracterizados de chance séria e real, também constitui tarefa árdua, a depender da análise caso a caso.

Em matéria de prova, impende àquele que pleiteia a indenização por perda de uma chance, comprovar, inicialmente, a existência de nexo de causalidade entre o fato antijurídico e o suposto dano (demonstração de que um fato antijurídico interrompeu o processo em curso apto a conduzir ao resultado almejado), para, posteriormente, comprovar o próprio dano, que este efetivamente existe e qual é o seu montante. Então, competirá à vítima provar a existência do nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas, dado que resta impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem almejada, para, em uma segunda etapa, comprovar o dano.

Em se tratando da perda das chances de se evitar um dano já ocorrido, as provas devem atestar que o fato antijurídico originou uma séria possibilidade de ocorrência do dano levantado, incumbindo ao réu, o ônus da produção de prova capaz de destruir a presunção de causação do prejuízo. Pois, tendo restado comprovado que o evento atribuído ao responsável foi uma condição do dano, resta presumido, outrossim, o nexo de causalidade adequada.

A comprovação do dano, por sua vez, exigirá a comprovação de que a chance perdida era séria e real. Para tanto, conforme ressaltado, não existem parâmetros universais aplicáveis a todos os casos concretos. Muito pelo contrário! Reprisando, impera divergência de entendimento a respeito, bem como os critérios variam de sistema jurídico para sistema jurídico e de caso prático para caso prático, restando inconteste que a comprovação da seriedade das chances desperdiçadas deverá ser realizada à luz do caso concreto e suas peculiaridades.

Um breve estudo acerca da jurisprudência estrangeira, com base na análise dos julgados proferidos pela Corte de Cassação, aponta que dois elementos são considerados no âmbito da incidência da teoria da perda de uma chance: probabilidades envolvidas no caso e a comprovação de que a chance em questão configurava um interesse concreto ao seu beneficiário;

Com relação à probabilidade, primeiro elemento, conforme visto, é de se pressupor que quanto maior a probabilidade investida na chance perdida, maior será a tendência de

os tribunais consideraram que as chances são sérias e reais e o oposto também é verdadeiro.

Ocorre, no entanto, que o cálculo da probabilidade de ocorrência da chance perdida, na realidade fática, constitui tarefa árdua e complexa, além do fato de que é difícil a comprovação, na prática, de que as chances perdidas eram realmente altas. Outrossim, muitos juristas, tribunais, rejeitam o estabelecimento de critérios numéricos taxativos objetivando categorizar as chances sérias e reais, ou seja, de uma probabilidade mínima como patamar para fins de acatamento de pedidos reparatórios.

A primeira indagação que se faz a respeito: por qual motivo o estabelecimento de parâmetro numérico de 50%, segundo alguns entendimentos vigentes, como divisor de águas entre chances sérias e reais, de meras chances hipotéticas, e não, do percentual de 40%, 30%, por exemplo? A segunda indagação que se faz a respeito: como realizar o cálculo da probabilidade de obter determinada vantagem ou de ocorrência de determinado evento, em casos práticos? Indagações pertinentes, já que estamos tratando de casos reais com suas próprias peculiaridades, de alta subjetividade e não, de ciência matemática.

Ato contínuo, sobrevém o segundo elemento estabelecido para fins de definição da seriedade das chances perdidas: prova de que a chance em questão interessava concretamente ao seu beneficiário. O conjunto probatório a demonstrar o interesse concreto na chance perdida parece ser mais justo e razoável, haja vista que as provas serão extraídas dos esforços que a vítima empregou para a obtenção da vantagem almejada (comprovação da realização de matrícula/investimento financeiro em cursos preparatórios, diploma de ensino superior no curso almejado, em suma, atos preparatórios para lograr determinado objetivo ou objeto.).

Finalmente, no que diz respeito à jurisprudência brasileira, a despeito do crescente número de julgados abarcando a teoria da perda de uma chance, seria impróprio afirmar que tal teoria goza de aplicação geral e irrestrita, eis que sequer existe uniformidade da parte de nossos julgadores quanto ao que se entende por perda de chances.

Os critérios empregados pela jurisprudência brasileira, para fins de caracterização das chances sérias e reais são variados, dentre eles, cita-se: parâmetro da proximidade temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria, de fato, usufruída (produção de provas seria no sentido de comprovar que a vítima iria usufruir, em breve, de oportunidade perdida ou já gozava da oportunidade, quando do acidente.); a atitude da vítima com relação à chance perdida, notadamente, se ela empregou ou estava empregando os devidos preparos para usufruir da chance em questão, ou seja, se esta adotou ou estava adotando medidas capazes de permitir o seu gozo ou de ampliar as probabilidades.

Com relação ao critério da probabilidade, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro parece não se ater ao padrão da cifra única. Os acórdãos que adotam o conceito de “chance real e séria” sequer citam qualquer patamar mínimo de probabilidade a servir como parâmetro, ao mesmo tempo em que existem precedentes que rechaçaram, de forma expressa, critério numérico proposto, concedendo indenizações a chances cujas probabilidades de êxito eram abaixo de 50%.

Por fim, é de se concluir que a comprovação da perda de uma chance séria e real em juízo se dá, não há como evitar, com base na análise das peculiaridades do caso concreto, análise caso a caso, bem como por meio da averiguação de alguns critérios que variam de sistema jurídico para sistema jurídico (não existem parâmetros universais caracterizadores de chances sérias e reais a ensejar a responsabilidade civil por perda de uma chance).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: Anderson Schreiber ... [et. al.]; coord. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.115.687/SP**, Relator: Min. Nancy Andrichi, j. 18.11.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.291.247/RJ**, Terceira Turma, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/8/2014, DJe de 1/10/2014.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm Acesso em: 17 dez. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

CARNAÚBA, Daniel Amaral; TARTUCE, Flávio (coord.); HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Editora Método, 2013, v. 13.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **8ª C. Cível - 0004219-24.2016.8.16.0083**, Francisco Beltrão, Relator: Desembargador Vicente Del Prete Misurelli, j. 12.04.2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2013.058985-0**, de Xaxim, Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 29-11-2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0002093-70.2010.8.24.0056**, de Santa Cecília, Relator: Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 06-12-2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0116855-15.2007.8.26.0003**, Relator: Adilson de Araujo, Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível, Data do Julgamento: 20/09/2011, Data de Registro: 20/09/2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 6 dez. 2021.

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 958, ago. 2015.

GIG ECONOMY: RENOVAÇÃO TECNOLÓGICA, INFORMALIZAÇÃO E DESREGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

DRIELLI SERAPIAO AFONSO: Advogada Trabalhista, graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Pesquisadora da Universidade de São Paulo (USP) nos Grupos de Meio Ambiente do Trabalho e Migrações e Direito Internacional²⁵⁷.

RESUMO: A desregulação e a consequente precarização das relações de trabalho diante dos avanços tecnológicos trazidos pela chamada “quarta onda” ou indústria 4.0 são alguns dos maiores desafios do Direito do Trabalho na atualidade. Os impactos das transformações decorrentes das tecnologias digitais sobre o futuro do emprego e do trabalho são evidentes, ao passo que as novas formas de trabalho têm distanciado os trabalhadores cada vez mais dos seus direitos trabalhistas conquistados ao longo de décadas de luta por parte da classe operária, colaborando para um processo de desconstrução do “trabalho decente”, conceito concebido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1999 e para um desmonte do pacto constitucional. As tutelas até então asseguradas na legislação celetista foram atacadas pela Reforma Trabalhista, Lei nº 1346/2017, que abriu as portas para a flexibilização de direitos imperativos trabalhistas, regulamentando o trabalho precarizado.

Palavras-chave: gig economy, precarização do trabalho, trabalho informal, precariado, uberização.

GIG ECONOMY: TECHNOLOGICAL RENEWAL, INFORMALIZATION AND DEREGULATION OF LABOR RELATIONS.

ABSTRACT: The deregulation or liberalisation of labor relations and the consequent implantation of precarious employment with the technological advances brought by the “fourth wave” or industry 4.0, are some of the biggest challenges of Labor Law today. The impacts of the transformations resulting from digital technologies on the future of employment and work are evident, while new forms of work have increasingly distanced workers from their labor rights conquered over decades of fights by the Labor Movement, collaborating for a process of deconstruction of “decent work”, a concept conceived by the ILO – International Labor Organization in 1999 and for a dismantling of the constitutional

257 E-mail: driellisa@gmail.com

pact. The warranties assured by the legislation (Consolidation of Labor Laws) were attacked by the Labor Reform, which opened the doors to the flexibilization process of labor relations and imperative labor rights, by regulating precarious work.

Keywords: gig economy, precarious work, informal work, the precariat, uberization.

A sociedade atual nos traz uma convicção: a de que vivemos um período de constantes e céleres mudanças. A nível global, somos 100 milhões de pessoas ativamente trabalhadoras. Mas desde o surgimento do Direito do Trabalho com a Revolução Industrial na Inglaterra no Século XVIII e a ideia de igualdade jurídica solidificada pelos burgueses da Revolução Francesa, foram inúmeras as mudanças, mas a igualdade jurídica nunca refletiu na prática. Hoje, mais do que nunca, nesta era Pós-Reforma Trabalhista, há um desequilíbrio demasiado nas relações de poder entre o empregador e empregado. Pode-se dizer que o desafio do mundo contemporâneo no âmbito trabalhista é coordenar os interesses entre capital e trabalho.

Com base na teoria marxista, o capitalismo é mais do que um sistema de produção para o mercado, sendo, sobretudo, um sistema sob o qual a própria capacidade de trabalho se tornara uma mercadoria comprada e vendida no mercado como qualquer outro objeto de troca. E é justamente esta característica que vem definindo cada vez mais o indivíduo trabalhador: a sua objetificação.

Em seu livro "A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista", Ruy Braga define "precariado" como "proletariado precarizado". É uma definição que enfatiza a precariedade como dimensão intrínseca do processo de mercantilização do trabalho²⁵⁸. A obra foi escrita entre 2011 e 2012, ao final da gestão de Lula, e início da gestão de Dilma Rousseff, ou seja, exatamente quando surge a Quarta Revolução Industrial, ou a chamada "Economia 4.0". Os serviços explodiram, sofreram uma transformação capitalista devido à privatização do setor e à informatização.

Segundo Schwab, esta "quarta onda" parte de uma ruptura das tecnologias digitais da revolução predecessora que estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, por consequência, transformando a sociedade e a economia global. Ela é impulsionada por uma série de tecnologias disruptivas, ou seja, inovadoras e capazes de causar uma transformação brusca nos padrões dos modelos estabelecidos pelo mercado²⁵⁹.

Como Ricardo Antunes destaca em sua obra "O Privilégio da Servidão", onde trata sobre o proletariado na era digital, esta nova revolução irá permitir que toda a logística

258BRAGA, Ruy. A política do precariado: do populismo a hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo; EDUSP, 2012

259SCHWAB, K. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016

empresarial da cadeia de valor seja controlada de forma digital²⁶⁰. No Brasil, chamamos ausência de políticas públicas para dar mais segurança para trabalhadores de “GIG Economy” (economia do bico), que, mais especificamente, consiste num macroambiente de negócios caracterizado pelo predomínio de contratos de curta duração dirigidos a trabalhadores independentes, o que nos conecta diretamente ao fenômeno da uberização do trabalho e à precarização. A Gig Economy possui duas principais formas de trabalho: o *crowdwork* e o *work on-demand*, que tem como maior exemplo, o caso da Uber. A implementação de ferramentas tecnológicas, o uso de computadores, máquinas e internet nas últimas décadas do século XX, a mencionada “Economia ou Indústria 4.0”, o uso de inteligência artificial e a automação total das linhas de produção, foram responsáveis pelo surgimento de novos negócios, novos tipos de empresas, e, por conseguinte, novas categorias profissionais, os “trabalhadores informacionais”, “digitais”, “informatas”, “profissionais de TI”, “infoproletários”, em vários ramos, os *crowdwork*, termo que se refere às atividades ligadas a tarefas por meio de plataformas on-line, as quais conectam empresas e indivíduos com outras empresas e indivíduos via Internet, possibilitando a aproximação entre consumidores e trabalhadores por todo o mundo.

Além do trabalho *on-demand*, oferecido pelos aplicativos para execução de tarefas tidas como tradicionais e usualmente terceirizadas, como o transporte e limpeza. O exemplo mais conhecido é a gigante Uber, que surgiu em 2010, usa como argumento em defesa da legitimidade dos serviços prestados e positividade de valores, que o aplicativo promove a facilidade de conectar o motorista “prestador de serviços” ao usuário, exercendo apenas o papel de unir pólos. No entanto, a empresa não desempenha meramente este papel, uma vez que controla os valores dos serviços prestados através de algoritmos, dos quais os prestadores de serviços são reféns, pois não têm a liberdade de estabelecer o preço das corridas, ou seja, o motorista “autônomo”, não tem autonomia.

Além disso, há uma preocupação constante em bater metas diárias, isto em meio aos perigos do trânsito das grandes metrópoles. Trata-se de uma relação que, evidentemente, traz mais benefícios ao usuário e à plataforma do que o trabalhador de aplicativo.

Hoje, com a popularização do acesso a estas novas tecnologias, principalmente o *smartphone*, que é um item comum tanto às classes de média e baixa renda quanto à classe alta, o uso de aplicativos para celulares aumentou consideravelmente, razão pela qual diversos serviços começaram a ser prestados desta forma. A gestão empresarial se preocupa com a produtividade, em diminuir os custos com a substituição do trabalho

²⁶⁰ANTUNES, Ricardo. O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

humano por máquinas, lançando mão da robótica, culminando em demissões em massa. O Direito do Trabalho, uma das maiores conquistas da democracia, símbolo de lutas históricas da classe operária pela erradicação da desigualdade e pela regulamentação de normas protetivas, vem sendo relegado em face da mercantilização do trabalho, em razão da desvinculação entre economia e ética nos dias atuais.

Segundo Ricardo Antunes, a flexibilização do trabalho é apenas uma das pernas de um tripé de destruição das relações trabalhistas, sendo os outros dois apoios a terceirização (quando uma instituição contrata outra empresa para prestar um serviço, permitindo uma exploração da mão de obra com ausência de responsabilização ou obrigação por parte do contratante) e a informalidade (que é a inexistência de um regime formal de contratação).²⁶¹ Esse tripé se tornou parte essencial da filosofia de trabalho da empresa capitalista e se expandiu para o que chamamos de uberização do trabalho, que se trata de uma relação informal, flexível e por demanda, onde a obrigação de fornecer os meios de produção recai sobre o trabalhador.

Hobsbawm, ao se referir sobre a velocidade com a qual as mudanças na produção ocorrem no mundo pós-moderno, afirma que "esta velocidade mutacional implica uma espécie de ruptura do passado ocasionadora da perda de referenciais, gizando a época da transitoriedade e da fugacidade.²⁶² Cria-se, portanto, uma sociedade demarcada pela descartabilidade e imediatismo, rápida substituição e reformulação das coisas, práticas e experiências".²⁶³

Godinho Delgado categoriza as fases históricas do Direito do Trabalho em quatro. A primeira fase seria a de Manifestações Incipientes²⁶⁴. Neste momento vale destacar o Peel's Act, de 1802, diploma legal inglês que visava diminuir a exploração contra mulheres e menores. Ainda não se pode falar em um ramo jurídico especializado, visto que as leis trabalhistas encontravam-se esparsas e as manifestações operárias estavam permeadas por ideais utópicos, incapazes de transformar a política da época.

A segunda fase caracteriza-se pela Sistematização e Consolidação, estendendo-se de 1848 até 1919, possuindo como marcos o Manifesto Comunista, o movimento cartista e a revolução na França, ambos de 1848, quando os operários, agindo coletivamente,

²⁶¹ANTUNES, Ricardo. Privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital, 1ª edição. São Paulo, SP: Boitempo, 2018.

²⁶²HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos – o breve século XX. São Paulo: Cia das Letras, 1995 apud JUCÁ, Francisco Pedro. Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização. São Paulo: LTr, 2000, p. 26.

²⁶³HARVEY, David, Condição Pós-Moderna. São Paulo: Loyola, 1993 apud JUCÁ, Francisco Pedro. Op. cit. p.27.

²⁶⁴DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho, pp. 115-128.

conseguem transformar em preceito jurídico suas reivindicações práticas, do dia-a-dia de trabalho. Nesta última revolução, vale mencionar, fora instaurada a liberdade de associação. É neste ano também que se publica o Manifesto Comunista de Marx e Engels, imbuído de um pensamento socialista, ainda que utópico, mas que tornou possível e efetivo a audiência pelo empresariado dos anseios da classe trabalhadora e de seus interesses coletivos. Em 1919 foi criada a OIT. Nos anos posteriores, até a 1ª Guerra Mundial, houve avanços e retrocessos advindos das ações dos movimentos sociais e sindicais e do Estado, burilando um ramo jurídico pautado por disposições tanto de uma parte quanto da outra.

A terceira fase é de Institucionalização do Direito do Trabalho, indo de 1919 a 1979, e seus marcos principais estão no ano de 1919, com o advento do Constitucionalismo social, após o fim da 1ª Guerra Mundial, e, conseqüentemente, com as Constituições de Weimar (1919) e Mexicana (1917), bem como, através do Tratado de Versalhes, pela criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Sendo que o grande marco do século XX foi, nas palavras de Godinho Delgado, o fato de as Constituições passarem a incorporar normas trabalhistas, constitucionalizando o Direito Trabalhista, em meio à hegemonia do Estado de Bem Estar Social. As constituições pós-1945 incorporariam também “diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser que labora empregaticamente para outrem”, além de princípios nitidamente laborativos.²¹ Cite-se como marco também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, do ano de 1948.

Por fim, a quarta fase seria a Crise e Transição do Direito do Trabalho, iniciada no final do século XX. Período neoliberal, baseado na liberdade de contratação regulada pelo mercado, embora seja sabido que o empregado necessite de proteção. Era uma conjuntura de grande crise econômica, a crise do petróleo, não encontrando resposta eficaz por parte das forças políticas, o que gerou concorrência e desemprego. Ademais, surge um processo de renovação tecnológica, capitaneado pela microinformática e pela robótica, fazendo desaparecer mais postos de trabalho, bem como criar a ilusão de uma sociedade sem trabalho. A Globalização se apresenta com força total estreitando distâncias e relativizando as barreiras de tempo e espaço, extremando as competições capitalistas a nível global, desconstituindo o pensamento de estado de bem estar social de outrora. Neste momento, surgem, em resposta a tais mudanças, formas de prestação laborativa estranhas ao tradicional sistema empregatício, como o teletrabalho e o home-office, além da acentuação da terceirização. Conseqüentemente, há a necessidade de se pensar uma reestruturação dos moldes e modelos tradicionais de gestão empresarial bem como das normas justralhistas que deles se originaram, passando por um estágio de flexibilização.

O trabalho intermitente, por exemplo, sofreu uma explosão mundial. O trabalho precarizado foi regulado justamente através da figura do trabalhador intermitente. Como é sabido, fazendo uma análise crítica da natureza jurídica desta modalidade contratual, o

Contrato Intermitente fere o princípio da dignidade humana, visto que submete o trabalhador numa condição de mero objeto, o qual fica à disposição da atividade econômica empresarial, para ser convocado quando e onde o empregador bem entender.

Souto Maior entende que o trabalho intermitente “cria um estágio tal de submissão que legitima toda forma de exploração do trabalho, desprovido de tutela, afrontando cabalmente a condição humana dos trabalhadores”.²⁶⁵ Enquanto Teixeira e Gonçalves afirma que o trabalho intermitente se tornou uma grande “feira livre”, onde o trabalhador se submete a um ritmo de alta rotatividade e precarização. Nesse viés, o trabalhador serve unicamente para desempenhar uma determinada função, que é a de garantir a produção de lucro para o empregador²⁶⁶.

Em maio de 2018, foi recebida pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), suscitando a inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente.

Neste sentido, segundo Martinez, a inconstitucionalidade do contrato intermitente reside no fato de a remuneração contratual ser prejudicial, pois não existe qualquer garantia de subsistência ao trabalhador com o pagamento do mínimo mensal resguardado pela Constituição Federal.

A ADI nº 5950 aduz que o contrato de trabalho intermitente suprime do trabalhador a noção de percepção das horas laborais e dilui o pagamento do 13º salário, limitando-o aos dias trabalhados, fragmentando o pagamento das férias, com a conseqüente impossibilidade de seu gozo e, ainda, a noção de ausência e término contratual. Além disso, favorece a atividade empresarial, alocando o risco da atividade econômica nas costas do trabalhador, que é parte hipossuficiente, conforme dispõe o art. 7, caput da CF/88.

No que diz respeito à flexibilização dos direitos trabalhistas, o assalariamento se iniciou no final do século XIX com a abolição da escravatura. Mas a nossa sociedade é tão escravocrata, que começou a explorar também a massa trabalhadora branca. Em São Paulo, por exemplo, houve a exploração de italianos. Houve uma explosão do setor industrial no início do século XX (30-54, Era Vargas) e, especialmente, durante a Ditadura, ocasião em que houve grande expansão industrial (Milagre Econômico, com a Ford e GM).

²⁶⁵MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho intermitente e golpismo constante. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária. São Paulo v. 28, n. 334, p. 211- 215, abr. 2017

²⁶⁶TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional: 62 Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 15, n. 1, jan./abr. 2020 o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. Revista do Tribunal Regional. 10º Região. p. 37. v.21, nº2. Brasília, 2017.

A mão de obra da classe trabalhadora, historicamente, desde a implantação do capitalismo, sempre sofreu uma forte exploração, que se caracterizava com o aumento da mais valia absoluta e relativa. Diz-se uma “classe trabalhadora super-explorada”. Rui Mauro usou o termo “super-exploração” ao se referir ao custo de exploração pago abaixo do nível necessário para a sobrevivência²⁶⁷.

Na Economia 4.0, os serviços explodiram, sofreram uma transformação capitalista em ritmo acelerado. O proletariado de serviços, devido à privatização do setor e informatização, atingiu variados tipos de profissões, inclusive médicos, advogados, enfermeiros, além daqueles tradicionalmente mencionados quando pensamos em proletariado digital (motoristas e entregadores de aplicativos).

O Zero Hour Contract (Inglaterra e Irlanda do Norte), expandiu-se pelo mundo permitindo a contratação de profissionais como médicos, advogados, enfermeiros, motoristas, que ficam à disposição, e, se chamados, recebem estritamente pelo tempo que trabalharam. O salário médio semanal dos contratos deste tipo é de apenas 188 libras, ao passo que o salário médio regular é de 479 libras semanais, ou seja, 2.5x menos. Esta prática reduz os custos do empregador, que paga menos por hora trabalhada para o mesmo tipo de função. Ocorre uma evasão do cumprimento de obrigações trabalhistas, segundo o Trades Union Congress.

Na Itália, uma nova forma de trabalho, de forma ocasional, pago a voucher, se desenvolveu. A modalidade recebeu esta nomenclatura, porque os trabalhadores recebiam vouchers, contabilizando as horas trabalhadas, cada um valendo 1 hora, a serem trocados por um salário mínimo italiano. Em Portugal, esta modalidade era chamada de “recibos verdes”.

A Reforma Trabalhista quebrou a espinha dorsal da CLT, potencializando a informalidade e a precarização dos direitos trabalhistas. Ao contrário do que se pensava que ocorreria com sua implementação (o maior argumento da Reforma segundo o Governo Temer era modernizar e flexibilizar para criar emprego), não houve um aumento da empregabilidade mediante a supressão de direitos, mas pelo contrário, e apartado do período de pandemia, verifica-se foram elevados os índices de desemprego e potencializada a precarização e a informalidade do trabalho. A terceirização também devastou o setor público. Hoje, o trabalho precário é a regra, não mais exceção.

Uma das promessas feitas pelo presidente eleito Lula durante a campanha presidencial foi a de criar uma nova legislação trabalhista “de extensa proteção social a

²⁶⁷_____. Sobre a Dialética da Dependência. 1973. In: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Org.). Ruy Mauro Marini. Vida e Obra. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

todas as formas de ocupação, de emprego e de relação de trabalho", com especial atenção a autônomos, trabalhadores por conta própria, domésticas e trabalhadores de aplicativos.

Segundo o professor Ricardo Antunes, da Unicamp, o avanço tecnológico deveria libertar o homem do trabalho, mas acabou o aprisionando. De acordo com Antunes, o trabalho nasceu na sociedade como uma necessidade vital, sendo executado através da arte e da cultura, e vai se complexificando, principalmente devido à implementação do capitalismo, que desassociou o trabalho da ideia de valor para se tornar um instrumento de valorização da riqueza dos proprietários industriais, adquirindo, assim, uma dimensão negativa, mais próxima da servidão. A tecnologia não desemprega. São relações sociais capitalistas que criam uma tecnologia para aumentar a produtividade e destruir a potência do trabalho. O trabalho, que é um valor, é convertido num desvalor, para criar um mais valor (mais-valia).

As relações de trabalho têm se afastado cada vez mais do conceito de "trabalho decente", que nada mais é do que "o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna", segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Isto porque no contexto atual, toda e qualquer opção de trabalho que surge é considerada um "privilegio" para milhões de trabalhadores (foram contabilizados, em outubro de 2022, 9,5 milhões de pessoas desempregadas). Diante da escassez de oportunidades, quando é oferecido ao indivíduo um trabalho sem registro na carteira, com carga horária exaustiva, num meio ambiente nocivo, baixa remuneração, dentre outras características típicas da precarização do trabalho, não resta outra alternativa senão o contentamento e sujeição a esta situação.

A precarização do trabalho consiste no enfraquecimento dos componentes do trabalho: remuneração (retenção ou redução dos salários), jornada (intensificação do trabalho baseada na flexibilidade de horários ou no desconhecimento de tempo extra de trabalho), ruptura de relações coletivas, negação da previdência social e contratação (direta ou indireta) por pouco tempo com alta flutuação nos postos do trabalho. É uma manifestação contemporânea da produção e reprodução social baseada na instabilidade, transformação frequente e uso descartável do trabalho vivo.

A sujeição do trabalhador aos novos tipos de contrato de trabalho inseridas na precarização contribui para o aumento da pobreza e desigualdade social. Segundo Castel, a precarização vem se tornando uma forma de reprodução da exclusão social, do aumento da vulnerabilidade e da relevância outorgada à necessidade da proteção social, dentro do que o autor denomina como processos de desfiliação social.

O número de pessoas que vêm elegendo esta modalidade de trabalho precarizada, por diferentes motivos, é avassalador e não há nenhum indício de que irá se estabilizar ou retroceder. Desta forma, o que resta aos governantes é desenvolver novas políticas públicas

e soluções que propiciem segurança aos trabalhadores expostos a este tipo de exploração, que tanto contribuem para a economia inserida no capitalismo flexível.

Na China, por exemplo, tem se estudado um fundo de pensão experimental dedicado aos trabalhadores da GIG Economy, que será conduzido por 1 ano por uma empresa. Nos Estados Unidos, há o Workers Strength Fund, um fundo de doação emergencial para trabalhadores de aplicativos, e o Workers Benefit Fund, que oferece benefícios junto às plataformas, sindicatos e líderes políticos para pensar em soluções e melhorias para a classe.

Na ânsia de suprir suas necessidades de forma mais barata, a sociedade, especialmente, a classe média, vem assumindo um risco muito alto, a exploração da mão de obra dos trabalhadores em situação de vulnerabilidade, causando este fenômeno chamado "precarização".

Para o pesquisador do MIT (Massachusetts Institute of Technology), Max Tegmark, a destruição da vida pode ser acelerada com a tecnologia 4.0, que celebra tão efusivamente a supremacia dos algoritmos. Tegmark defende que será preciso desacelerar esta tecnologia descontrolada, pois cada vez que um algoritmo provoca desemprego, aquele valor do salário, que antes era pago ao empregado, passa a engordar as contas do dono do capital²⁶⁸.

Como se pode notar, fora estabelecido, com os adventos tecnológicos, mais um sistema injusto que rompe com a ideia da economia colaborativa e dá espaço a um sentimento individualista. Os trabalhadores vêm se submetendo a condições de trabalho vedadas pela legislação trabalhista para se enquadrarem no novo sistema de trabalho que o capitalismo tecnológico instituiu. A tecnologia e a globalização sempre tiveram grande influência na exploração da mão de obra dos trabalhadores. Karl Marx, em sua consagrada obra "O Capital", afirma que "*o capitalismo, além de modificar constantemente as relações produtivas, pretende, de modo contraditório, eliminar toda tranquilidade, solidez e segurança da vida do trabalhador, mantendo-o sob ameaça constante de perder os meios de subsistência*"²⁶⁹.

Em suma, o que se pode concluir das transformações avassaladoras e céleres que atingem o trabalho na sociedade capitalista atual é que, do ponto de vista técnico, é fácil regular o trabalho, mas do ponto de vista prático, é muito difícil. A maior ameaça do Direito do Trabalho não é a exploração, é a irrelevância.

268TEGMARK, Max. Vida 3.0: O ser humano na era da inteligência artificial. 1. ed. – São Paulo: Benvirá, 2020.

269MARX, Karl. O capital. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2013.

REFERÊNCIAS

_____. Sobre a Dialética da Dependência. 1973. In: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Org.). Ruy Mauro Marini. Vida e Obra. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

ANTUNES, Ricardo. *O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. *O século XX e a era da degradação do trabalho*. In: SILVA, Josué P (org.). Por uma sociologia do século XX. São Paulo: Annablume, 2007.

BRAGA, Ruy. A política do precariado: do populismo a hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo; EDUSP, 2012

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 115-128.

HARVEY, David, *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993 apud JUCÁ, Francisco Pedro. Op. cit. p.27.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX*. São Paulo: Cia das Letras, 1995 apud JUCÁ, Francisco Pedro. Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização. São Paulo: LTr, 2000, p. 26.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Trabalho intermitente e golpismo constante*. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária. São Paulo v. 28, n. 334, p. 211- 215, abr. 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARX, Karl. *O capital*. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2013.

POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx*. São Paulo: Boitempo, 2014.

SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016

TEGMARK, Max. *Vida 3.0: O ser humano na era da inteligência artificial*. 1. ed. – São Paulo: Benvirá, 2020.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. *Afrontas ao pacto constitucional: 62 Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 15, n. 1, jan./abr. 2020. O trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil*. Revista do Tribunal Regional. 10º Região. p. 37. v.21, nº2. Brasília, 2017.

O DEVER DE COMPLEMENTAÇÃO DO ICMS-ST E AS RAZÕES INTRÍNSECAS DO CONSEQUENCIALISMO ECONÔMICO APLICADO AO CASO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRUNO NOGUEIRA REBOUÇAS:
Advogado. Mestrando em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP. MBA em Gestão Tributária pela USP. Membro da comissão organizadora do Tax Moot Brazil. Professor da Pós-graduação em Direito Tributário da Faculdade CEDIN.²⁷⁰

EDUARDO SOARES DE MELO²⁷¹

(coautor)

RESUMO: O intuito perseguido a partir do presente estudo se circunscreve em uma análise das possíveis interpretações que podem ser extraídas do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 593.849/MG, sujeito à repercussão geral, que primordialmente tratou de questão relacionada ao reconhecimento do direito de o contribuinte substituído reaver valor pagos indevidamente ou a maior pelo contribuinte substituto em decorrência de não realização do fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) quando da aplicação do denominado regime de substituição tributária progressiva, notadamente naquilo que concerne a aspectos que foram suscitados, paralelamente, no voto de alguns ministros, como a questão da complementação do imposto. Isso deve ser visto, no decorrer das análises sob uma perspectiva crítica da aplicação da estrita legalidade em matéria tributária, abordando-se temas como o do consequencialismo e da interpretação econômica no âmbito do Direito Tributário.

Palavras-chave: sujeição passiva; ICMS; complemento; consequencialismo; interpretação econômica.

270 Contato: rebbruno@gmail.com

271 Advogado e Consultor Tributário. Mestrando em Direito Tributário (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Tributário (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário (CEU-LAW). Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP). Ex-Conselheiro Julgador do Conselho Municipal de Tributos (CMT/SP). Conselheiro e Vice-Presidente do Comitê ICMS/ISS da Associação Brasileira de Advocacia Tributária (ABAT). Professor em diversas instituições.

ABSTRACT: *This article focuses on the possible outcomes derived from the ruling's interpretations of the Brazilian Supreme Court (STF) in the Lawsuit n.º 593.849/MG, which was an Extraordinary Appeal decided under the institute of general repercussion. This piece of jurisprudence tackles the issue of the substituted taxpayers' rights regarding the recovery of (i) unduly; or (ii) overpaid taxes derived from the substitute taxpayers. This phenomenon happens due to a non-realization of the triggered taxation event, which falls into the scope of the Tax on Commerce and Services (ICMS), especially when applying the tax regime of ICMS-ST (ICMS tax substitution regime). Among the concerning aspects raised in this study, it is worth pointing out that some of the votes from the case's judges raise concerns for discussions, such as the problem involving tax complementation. The analyses presented in this study take a critical point of view aligned with the idea of applying strict legality in tax matters and its intersections with themes such as consequentialism and economic interpretation in the scope of Tax Law.*

Keywords: *Tax substitution, ICMS, Brazilian Supreme Court, legal consequentialism, economic interpretation*

I. Introdução

Frente à questão acerca do fato de, em determinados casos, os Tribunais Superiores se negarem a aplicar a denominada subsunção do fato à norma, seja por motivos que se alegam jurídicos ou, por vezes, extrajurídicos, a proposta do presente trabalho é explorar os motivos intrínsecos, de cunho econômico ou sociológico, que levaram alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) a se posicionarem, mesmo frente à ausência de lei complementar, a favor da incidência do denominado dever de complemento ou complementação do ICMS, por parte do substituído, sujeito à sistemática de substituição tributária (ICMS-ST) que se dá por meio de recolhimento antecipado do tributo em face de toda a cadeia mercantil que venha a suceder o momento do referido recolhimento, o que se denominada de substituição tributária progressiva, ou "para frente".

A questão não se vê como algo simples, tendo em vista que a própria Constituição Federal (CF) exige que a matéria esteja sujeita à denominada lei complementar tributária, como se deduz a partir do artigo 150, inciso I, e do artigo 146, inciso III, alínea "a", da CF, no que diz respeito às normas gerais em matéria tributária, e, igualmente, ao artigo 155, inciso XII, alínea "b", do texto constitucional, que particularmente trata da reserva de lei complementar quando se refere à substituição tributária para fins de ICMS.

Nesse sentido, em uma espécie de "burla" ao texto constitucional, e sem qualquer previsão em lei complementar, alguns ministros do STF chegaram a emitir opinião acerca da do dever de complemento ou complementação do ICMS-ST, notadamente

demonstrando um viés lógico no sentido de que, se existe o direito á restituição reconhecido pelo STF, o direito de complementar se deduz a partir do seu oposto.

Por mais que não se tenha entrado do mérito acerca da necessidade ou não de lei complementar para a fundar a referida exigência, indiretamente a posição de alguns ministros do STF fez com que os Estados se apressassem e instituir e cobrar, o quanto antes, o valor de complementação do ICMS-ST, sem que esteja claro na lei complementar quem deve ser responsável por esse recolhimento, assim como os parâmetros de cálculo de referido montante não tenha sido parametrizados pelo legislador complementar, fazendo com que cada Estado da Federação defina, por si próprio e sem qualquer tipo de ideal de uniformização de tratamento, qual seria o sujeito passivo a ser cobrado e a forma de cálculo do referido montante, levando a resultados díspares e com falta de congruência sistêmica.

Como se demonstra, parece um evidente caso em que não seria conveniente ao STF aplicar a norma constitucional ou, até mesmo, a Lei Complementar n.º 87, de 1996, que sequer menciona ou referência, mesmo que indiretamente, a figura do complementa ou complementação do imposto em tais circunstâncias.

Em sentido mais radical ao aqui sustentado, há, inclusive, quem se insurja, em nossa doutrina pátria, contra a cobrança complementar do ICMS-ST, independentemente de haver a previsão expressa em lei complementar para tanto, como se depreende das palavras de Marco Aurélio Greco, ao analisar o parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição:

O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de **proteger o contribuinte** contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária. (...) **O objeto específico desta norma constitucional é não permitir que a antecipação torne-se um instrumento indireto de oneração dos contribuintes.** Confirma o cabimento do mecanismo, mas procura deixar claro que sua instituição não pode resultar em tributação maior do que a resultante do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária.²⁷²

(grifos próprios)

272 GRECO, Marco Aurélio. **Substituição Tributária:** ICMS, IPI, PIS e Cofins. São Paulo: IOB, 1998, pp. 22-23.

Portanto, na visão do doutrinador, resta evidente que a finalidade do referido dispositivo constitucional é a de amparar os contribuintes e não dar mais poder de tributar ao Fisco. Nesse sentido, ainda esclarece Marco Aurélio Greco:

Ao instituir a figura, **o Fisco definiu a carga tributária aplicável, por isso aquelas operações que tiverem um valor final maior do que o adotado para fins de antecipação não ensejarão cobrança complementar (o cobrado foi o que o Fisco previu)**, e aquelas que tiverem um valor menor ensejarão ressarcimento ao contribuinte, pois a carga terá sido superior à constitucionalmente admissível (direito oponível ao Estado).²⁷³

(grifos próprios)

Constata-se, a partir de suas palavras, que não bastaria o assunto ser tratado por lei complementar, que até hoje não o fora, tendo em vista que o real intuito do dispositivo normativo constante do artigo 150, § 7º, da Constituição sempre foi o de servir como algo protetivo ao contribuinte, já que a presunção de se tributar o ICMS por antecipação já é algo benéfico ao Fisco.

Desse modo, para a compreensão do problema posto, sugere-se uma investigação que iria além do simples raciocínio de que o julgador estaria vinculado ao texto normativo posto, por parte do Poder Legislativo, ou seja, ao clássico Direito Positivo, de forma que, ao menos em tese, deveria se limitar a realizar a subsunção do fato à norma.

Assim, uma investigação nesse sentido põe em dúvida a própria concepção clássica de ciência do direito, como algo adstrito à formatação de um Direito Positivo, dentro de uma concepção infalível e incondicionada de subsunção normativa.

Nesses termos, após uma séria investigação acerca da temática mais geral da vinculação do julgador – quando prefere suas decisões em casos concretos – à norma jurídica posta pelo Legislativo; no qual investiga a fundo a questão relacionada ao momento de interrupção do prazo prescricional no âmbito da execução fiscal, notadamente ao que foi julgado em sede do Recurso Especial n.º 1.120.295/SP, além de outros casos particulares, Renato Lopes Becho chega à seguinte inferência:

A conclusão inarredável é que a ciência do direito, não consegue explicar quando os juízes não aplicam as leis. Ele só possui instrumentos para apresentar quando os julgadores as aplicam.

²⁷³ Idem, p. 28.

Talvez possa ser útil à comunidade jurídica questionar a existência da ciência do direito. Sem seus dogmas, talvez possamos começar a compreender como as decisões judiciais são tomadas e, eventualmente, ver se é possível predizer qual possa ser o resultado dos processos judiciais, o que permitiria a tomada de decisão prévia dos envolvidos, notadamente dos sujeitos passivos tributários e seus advogados, em situações conflituosas.²⁷⁴

Parte-se de uma provocação no sentido de que a ciência do direito, ao menos como classicamente formulada, não estaria preparada ao enfrentamento de tais situações, isto é, nas quais o julgador não viesse, necessariamente, a aplicar a lei ou a Constituição na solução de um conflito.

Tais situações exigiriam um esforço maior, e até multidisciplinar, para se poder propor uma investigação mais percuciente acerca dos rumos tomados, por exemplo, em determinada decisão judicial, não se limitando, portanto, a aspectos estritamente normativos, perpassando pelas críticas tradicionalmente feitas por parte significativa da doutrina tributária nacional à interpretação econômica do direito, e, particularmente, do direito tributário.

No caso em particular, ora analisado, em que ministros do STF vieram a se pronunciar, em detrimento ao que está disposto na Constituição e na Lei Complementar n.º 87/96, de forma a entender cabível o dever de complemento ou complementação do ICMS-ST pelo contribuinte substituído, não há indício de subsunção do fato à norma, muito pelo contrário, de sorte que os referidos ministros parecem se apegar, muito mais, a inferências de cunho arrecadatário ou econômico para fins de fundar a referida incidência tributária.

Com isso, será investigada uma espécie do que aqui denominamos, talvez de modo simplificado ou sumarizado, de *interpretação teleológica* de cunho econômico, na linha sustentada por Eros Roberto Grau, como se passará a desenvolver mais detidamente no próximo tópico do presente estudo, que tanto pode, a depender das circunstâncias, ir ao encontro dos interesses fiscalizatórios ou arrecadatários dos Estados interessados em incrementar suas o recursos que ingressam em seus orçamentos, como, também, atuar em sentido contrário, igualmente em prol do contribuinte, neste último caso para que não se aniquile a fonte de riqueza a partir da qual o ente fazendário extrai seus recursos para suportar as finanças do Estado.

274 BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 226.

No caso concreto posto, tentar-se-á demonstrar que a interpretação, ao mesmo a extraída a partir de alguns votos proferidos por ministros do Supremo quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, tendeu a uma teleologia econômica eminentemente preocupada com a pretensão arrecadatória do ente estatal, embora, como será detalhado, a menção à questão do complemento do ICMS por alguns ministros tenha representado tão somente um *obiter dictum* da decisão, devendo ser alvo de futuro e específico enfrentamento por parte do STF, no futuro.

II. Da não vinculação dos julgadores ao pressuposto da “*subsunção do fato à norma*” e a denominada interpretação econômica no âmbito do Direito Tributário

Partindo da conclusão que uma concepção geral de decisão é correlata a uma concepção de conflito jurídico, de modo que os conflitos sociais decorrem da interação comunicativa de agentes, entre emissores e receptores de mensagens, ou porque quem transmite recusa-se a transmitir, ou porque quem recebe recusa-se a receber²⁷⁵, pode-se concluir que, no conflito, tudo passa a se submeter à vontade de um terceiro comunicador institucionalizado.

Como propugna Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁷⁶, conflito jurídico se qualifica, e até se diferencia de um mero conflito social, pelo seu caráter institucionalizado, em que um terceiro comunicador deve intervir.

O nosso questionamento, entretanto, vai além dessas premissas, já que o nosso intuito no presente estudo é investigar aquilo que esse terceiro comunicador institucionalizado irá considerar para efeitos de sua decisão de resolução de conflito, notoriamente nos casos em que não há uma mera subsunção do fato à norma, como já exposto, particularmente sob a perspectiva alguns votos que foram proferidos no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 593.849/MG.

Nesse sentido, demonstra-se uma certa inclinação para uma espécie de consequencialismo econômico que veio a guiar o entendimento, assim como a interpretação tomada por parte de três ministros do STF na época, nomeadamente a Exma. Ministra Rosa Weber, o Exmo. Ministro Marco Aurélio de Melo e o Exmo. Ministro Teori Zavascki, embora este último, diferentemente dos demais, tenha negado provimento ao recurso.

²⁷⁵ JUNIOR, Tércio Ferraz Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 276.

²⁷⁶ Idem, pp.276-277.

Em relação à evidenciação de uma finalidade econômica almejada pela legislação fiscal, que busca constatar a diferença de uma dimensão econômica antes inalcançável pelo Fisco, o ministro Luiz Roberto Barroso chegou a se pronunciar em seu voto nos seguintes termos: *"Mudança na situação normativa porque diversos estados passaram a ter leis permitindo essa restituição e mudança na situação fática porque, anteriormente, não era possível à fiscalização constatar essa diferença na dimensão econômica e, hoje em dia, já é possível."*²⁷⁷

Já no que diz respeito ao voto proferido pelo ministro Edson Fachin, embora tenha negado provimento ao Recurso extraordinário em apreço, utiliza-se do discurso interpretativo de cunho econômico para defender o fator presuntivo da norma de tributação que trata do regime de substituição tributária progressiva no ICMS, o que o faz na seguinte linha de raciocínio:

O fato gerador presumido, de outra parte, não está "alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico". Pelo contrário, na fixação de sua dimensão econômica, o fisco está submetido a critérios objetivos, inteiramente relacionados à realidade, a saber: LC 87/1996, art. 8º, §§ 3º e 4º. É claro que nem sempre haverá perfeita coincidência entre o valor presumido e o valor efetivamente realizado. Mas – ressalvadas as óbvias situações de excessos injustificáveis e desarrazoados – é condição inerente ao sistema de substituição tributária progressiva (art. 150, § 7º, da CF).

Outro voto que parece demonstrar um viés fortemente consequencialista, notadamente em termos econômicos, foi o proferido pelo então ministro Marco Aurélio de Mello, em que se extrai trecho com o seguinte teor: *"Outro dia, fiquei perplexo quando obtive a informação de que o Estado do qual sou originário tem folha de pessoal que não é satisfeita com o que arrecada a título de ICMS, principal tributo do estado. É algo a causar grande perplexidade!"*²⁷⁸

Extraí-se a partir dos trechos de voto acima destacados, referentes ao Recurso Extraordinário n.º 593.849/MG, além de outros trechos que aqui não se julgou necessário expor, que os argumentos e fundamentos que guiam as decisões dos ministros do STF não se reduzem a uma esfera estritamente normativa, como se houvesse a simples limitação de se subsumir o fato analisado ao dispositivo normativo em tese aplicável, alcançando, portanto, patamares que vão muito além, tratando-se de uma espécie de

²⁷⁷ STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento:19.10.2016.

²⁷⁸ STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento:19.10.2016.

consequencialismo arrecadatório ou econômico, que se vê como estritamente necessário para que seja utilizado como ferramenta para que decidam acerca do caso concreto.

Acerca dessa questão em específico, importante ressaltar que vozes doutrinárias de forte influência costumam se insurgir contra tais vieses interpretativos, notadamente quando se tenta extrair uma interpretação que se diria “econômica” do Direito Tributário, por risco de malferimento à estrita legalidade e à segurança jurídica. A título de exemplo, por todos, reproduzem-se as palavras de Hugo de Brito Machado, que induz a métodos de interpretação que intitula como próprios do direito, que não se confundem com a interpretação econômica:

Não há dúvida que o tributo é uma realidade econômica. A relação tributária é de conteúdo econômico inegável. **Não se pode, entretanto, afastar os métodos de interpretação, e os meios de integração, para buscar o sentido da regra jurídica só e exclusivamente tendo em vista os efeitos econômicos dos fatos envolvidos na relação de tributação. Tal atitude implicaria negar o Direito, afetando a segurança** que o mesmo empresta às relações humanas em sociedade.²⁷⁹ (grifos próprios)

Dentro de uma argumentação muito bem construída, o autor parece, entretanto, não se afastar de um discurso de métodos de interpretação e meios de integração que são próprios ao Direito Positivo – e exclusivo e inevitavelmente vinculados a ele – e que, caso afastados, implicariam a negação do próprio Direito, sob o pressuposto que isso levaria a uma inevitável falta de segurança jurídica emprestada às relações humanas.

Ocorre que nem sempre os métodos interpretativos e meios de integração normativa típicos de um discurso positivista parecem suficientes para solucionar os conflitos postos, além do que, em determinados casos, os julgadores simplesmente, por algum fundamento, decidem não os aplicar, chegando até mesmo a ignorar o que está prescrito textualmente no dispositivo normativo que, ao mesmo em tese – seria aplicável ao caso concreto.

Indo para além da doutrina nacional, faz-se mister ressaltar que Ricardo Guastini²⁸⁰ chega a dizer que não seria possível, na cultura jurídica moderna uma decisão fundada apenas nos caprichos do juiz nos seus sentimentos de justiça, em um objetivo qualquer da política social que pretenda alcançar etc., devendo somente ser considerada

²⁷⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 114.

²⁸⁰ GUASTINI, Ricardo. **Interpretar e argumentar**. Vol. 1. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 230.

fundamentada ou justificada a partir de uma inferência lógica de uma norma geral, em conjunto com a proposição factual que descreve as circunstâncias do caso²⁸¹.

Fica claro, com isso, que o intuito é justamente garantir que a interpretação tributária, assim como a solução proposta a um conflito, seja em esfera administrativa e judicial, não esteja contaminada por elementos que se dizem extrajurídicos, ou até mesmo, denominados como elementos que não pertencem ao direito.

Ocorre que essa concepção parte muito mais de uma ideia extraída das teorias positivistas típicas, em que predomina uma necessidade de não contaminação da ciência do direito por parte de outras ciências, assim como demais áreas do conhecimento humano, como a Sociologia, a História, a Psicologia etc., sendo também alheio esse positivismo típico a qualquer juízo ético ou moral, propondo-se um recorte epistemológico para fins de sua análise que implica o afastamento de qualquer teor axiológico ao direito, abstraindo-se, por exemplo, de uma busca pela justiça, retirando a possibilidade de que se faça presente uma teoria dos valores inserida em seu discurso interpretativo e argumentativo. Em olhar bastante crítico sob essa perspectiva, relacionada a um juspositivismo estrito, Renato Lopes Becho²⁸² destaca a necessidade de um estudo dos valores, constatando que o estudo do conhecimento é praticamente comum aos pensadores em geral.

Ignorar a possibilidade de os julgadores serem, por essência, assim como os advogados, procuradores etc., consequencialistas em sua forma de argumentar e interpretar o direito, inserindo fatores que seriam rotulados por muitos como extrajurídicos, parece ser o mesmo que ignorar uma importante parcela desse processo, tanto argumentativo, como interpretativo, que hoje povoa os mais diversos processos administrativos e judiciais em matéria tributária.

No mais, em opúsculo escrito ainda em meados da década de oitenta, e insurgindo-se contra a doutrina predominante em âmbito nacional que tratava e trata do assunto, Eros Roberto Grau dá uma outra perspectiva no que diz respeito à sua concepção acerca da possibilidade e, até mesmo, da necessidade em se falar de uma interpretação econômica do Direito Tributário, sem qualquer contrariedade à legalidade tributária, o que faz nos seguintes termos:

A doutrina da interpretação econômica surgiu em 1919, consubstanciada em disposições consignadas no Código tributário

²⁸¹ Idem, 230.

²⁸² BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

Alemão, cujo ante-projeto foi elaborado por ENNO BECKER. Fundamentalmente considera que, na interpretação das leis tributárias, deve-se ter em conta a sua finalidade, o seu significado econômico e a evolução das circunstâncias, sendo certo, por outro lado, que a obrigação tributária não pode ser evitada ou reduzida mediante abusos de formas e da possibilidade de adaptações formais do Direito privado.

Motivo de intensa polêmica, esta colocação tem sido frequentemente criticada por induzir – segundo afirmam os autores de tais críticas – a incerteza e o arbítrio, resultado a que chega a escola da livre indagação do Direito. Com efeito, tal ocorreu na Alemanha, tendo-se tornado antológicos certos julgados proferidos sob a inspiração do próprio ENNO BECKER, juiz da Corte Suprema Alemã.

Evidentemente, não se poderá admitir, no caso brasileiro, que a adoção desse método venha ferir o princípio da legalidade da tributação. Certo, porém, por outro lado, que o Direito Tributário encontra seu universo na obrigação tributária, estruturado sobre a existência de realidades econômicas subjacentes, das quais o fato gerador é signo presuntivo ou elemento detectador. **Logo, o seu pressuposto é a realidade econômica, unidade teleológica que se deve observar independentemente das características formais que possa revestir. Para nós, não há incompatibilidade entre os princípios da interpretação econômica e o da legalidade da tributação**, sendo evidentemente plausível a plena coexistência entre ambos.²⁸³(grifos próprios)

Isso induz que a concepção clássica de ciência do direito, como algo alheio às interferências rotuladas como extrajurídicas, seja de cunho sociológico, econômico ou até psicológico, devem ser vistas em termos, de sorte que se faz inevitável a constatação de que hoje já existe uma forte teleologia de cunho eminentemente econômico, seja com viés arrecadatório ou não, aplicada pelos tribunais e juízes na solução de lides tributárias.

A partir das lições de Eros Roberto Grau, identifica-se, como defendido na passagem acima transcrita, uma espécie interpretação teleológica de cunho econômico, tendo em vista a inevitável constatação que o Direito Tributário e, particularmente, a obrigação tributária tem como pressuposto a realidade econômica, sendo definida pelo

283 GRAU, Eros Roberto. **Conceito de tributo e fontes do direito tributário**. São Paulo: IBET/ Resenha Tributária, 1975, pp. 75-76.

autor como unidade teleológica que se deve observar independentemente das características formais que a obrigação tributária possa revestir. Isso nos faz atribuir a tal aspecto a terminologia de “interpretação teleológica de cunho econômico” no Direito Tributário, como, como dito na introdução ao presente estudo, pode se dar tanto em favor, como contra a pretensão arrecadatória do ente estatal, a depender de circunstâncias políticas, sociais, psicológicas etc. de cada caso analisado.

Para a melhor compreensão dos fatores sociais e econômicos que se encontram subjacentes ao caso ora analisado, que envolve tanto o direito de restituição o ICMS-ST, como o seu posto lógico, o dever de complementação, deve-se fazer uma digressão mais profunda de como o assunto sofreu evolução tanto na legislação, no entendimento do órgão fazendário, como notadamente na jurisprudência, para, com isso, se tentar chegar a uma compreensão, ao menos mais clara, dos questionamentos ora propostos.

III. Da natureza e limitações intrínsecas ao regime de substituição tributária do ICMS

Segundo definição do jurista italiano que classicamente tratou do assunto, Francesco Tesauro, a substituição tributária se dá em qualquer caso em que obrigação tributária é colocada a cargo de um sujeito diferente daquele que concretiza o pressuposto do tributo²⁸⁴, ou seja, daquele que efetivamente pratica o fato gerador da espécie tributária.

Assim, a substituição tributária no ICMS, como sistemática de recolhimento do tributo por outro sujeito que não aquele que efetivamente praticou o fato gerador, alterando-se a esfera passiva da relação tributária, pode se dar de forma tanto regressiva (“para trás”), como de forma progressiva (“para frente”), neste segundo caso, de forma presumida e com retenção antecipada do imposto na cadeia mercantil.

Nesse sentido, importante se reproduzirem as elucidativas lições do professor José Eduardo Soares de Melo, que traz interessante definição – e reflexão – acerca da substituição tributária do ICMS:

Na substituição – num plano pré-jurídico – o legislador afasta, por completo, o verdadeiro contribuinte, que realiza o fato imponible, prevendo a lei – desde logo – o encargo da obrigação a uma outra

²⁸⁴ TESAURO, Francesco. **Instituições de direito tributário**. São Paulo: IBDT, 2017, p. 135.

pessoa (substituto), que fica compelida a pagar a dívida própria, eis que a norma não contempla dívida de terceiro (substituído).²⁸⁵

Nesse contexto, e analisando sob a perspectiva de nossa jurisprudência, como já bem expôs o Ministro Edson Fachin,

(...) substituição tributária progressiva no âmbito do antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) já era prevista originalmente no Código Tributário Nacional, em seus artigos 58, parágrafo 2.º, inciso II, e 128, pois era permitido que lei atribuísse a responsabilidade ao industrial ou ao atacadista pelo pagamento do imposto devido pelo comerciante varejista, mediante acréscimo ao preço praticado.²⁸⁶

Interessa, para a presente análise, a substituição tributária dita progressiva, ou “para frente”, como também é chamada, em que há uma antecipação do recolhimento do tributo estadual, previamente retido em momento antecedente da cadeia mercantil, muitas vezes pelo industrial ou importador daquela mercadoria.

Tem-se que a técnica de antecipação do imposto independe de haver substituição tributária, embora possam coexistir antecipação e substituição num mesmo fenômeno jurídico, como ocorre com a substituição tributária progressiva. Nesse sentido são as lições de Hugo de Brito Machado:

Em relação a algumas mercadorias, alguns Estados praticam também cobrança antecipada do ICMS, sem substituição tributária. O imposto é cobrado no momento da entrada da mercadoria no território do Estado. Ou é pago no momento da entrada, ou em certo prazo a partir desta (...).²⁸⁷

Em resumo, enquanto a substituição tributária é sistemática de tributação que mexe com o polo passivo da obrigação tributária, a antecipação é mera técnica de arrecadação, que pode acompanhar aquela ou não. No caso da substituição “para frete”, acompanha-a.

Com isso, a substituição “para frete”, justamente porque agrega a técnica de antecipação da cobrança do imposto, gera uma **presunção** de que um fato gerador futuro irá ocorrer, e nas condições presumidas pelo legislador, como o fato presuntivo do preço

285 MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática**. 15ª ed. (revista e atualizada), 2020, p. 177.

286 STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento:19.10.2016.

287 MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 117-118.

que será praticado para efeitos de estabelecimento, geralmente, de uma Margem de Valor Agregado (MVA) à operação mercantil.

Dessa forma, a sistemática de substituição tributária para progressiva representa norma tributária de presunção, e, justamente por conta disso, naqueles casos em que a presunção não se confirma ou afronta a norma constitucional de competência do imposto, deve ser afastada essa presunção. A norma decorrente da EC n.º 03/93, e que trouxe a redação do § 7º do art. 150 da CF, só veio explicitar esse fato, ao tratar do direito de restituição na inocorrência do "*fato gerador presumido*".

Nesse contexto, o Convênio ICM n. 66/88, que dispôs sobre a técnica da substituição progressiva (*'para frente'*) no §3.º de seu art. 2.º, *in verbis*: "*Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte*".

Com a edição da Emenda Constitucional n. 3/93, a presente matéria se constitucionalizou conforme redação dada ao §7.º do art. 150 da Constituição Federal. Como se verá em mais detalhes e com base no mais recente entendimento do STF acerca do tema, o direito à restituição/ressarcimento do valor pago a título de ICMS-ST em excesso representa em verdade um direito adquirido do contribuinte e uma garantia constitucionalmente assegurada.

A partir da constitucionalização do instituto da substituição tributária progressiva, a Lei Complementar 87/96 (LC n.º 87/96 ou Lei Kandir), veio a revogar o convênio ICM n. 66/88, e dispôs sobre a regulamentação desse regime nos seus artigos 8º a 10.

Deve-se salientar, que o fato de se tratar de norma de presunção, não torna a denominada substituição progressiva do ICMS inconstitucional, como já teve oportunidade de se posicionar o STF em mais de uma oportunidade (RE-AgR n.º 474241-MG; RE-AgR n.º 362231-SP; RE-AgR n.º 150992-RN). A norma de presunção, por outro viés, embora não seja considerada inconstitucional, sofre limitações que decorrem de sua própria natureza. Nessa linha de raciocínio, decidiu o pleno do STF em sede de julgamento do RE n.º 593.849/MG, que assim esclareceu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.²⁸⁸

Assim, a margem de valor agregado imputada a um determinado produto, de forma a presumir o preço final a ser praticado na cadeia mercantil, é norma generalizante fechada, cujo intuito é o estabelecimento de uma presunção de que todos os contribuintes ao final dessa cadeia praticarão a mesma margem em suas vendas.

Para tanto, isso gera praticidade na atuação da administração fiscal que, entretanto, deve seguir todos os limites imputados a uma norma de presunção, podendo ser afastada a depender de particularidades do caso concreto. Como bem mencionado pelo próprio Ministro Edson Fachin em seu voto,

Na esteira do professor Marco Aurélio Greco, a coerência e validade da substituição tributária progressiva remanesce na cláusula de restituição. Em síntese, “o que justifica a exigência antecipadamente

²⁸⁸ STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento: 19.10.2016

feita é o evento que ocorrerá posteriormente; não ocorrendo este evento o recolhimento perde seu fundamento, sua justificação, e o excesso recolhido deve ser restituído (Substituição Tributária: antecipação do fato gerador. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31). (RE n.º 593.849 – MG)

Uma importante limitação que se impõe à norma de presunção é a impossibilidade de se utilizar da dita presunção, caso afastada, a favor de quem a institui e dela se beneficia por essência, sob pena de configurar um malferimento ao *non venire contra factum proprium* da Administração Pública, como será analisado em mais detalhes mais a frente.

Vale ressaltar, ainda, que quem tem direito à repetição do indébito é o contribuinte de direito, que pratica o fato gerador presumido, isto é, o substituído, e não o consumidor final da mercadoria, o que se alinha ao referido precedente. E esse direito deve ser exercido independentemente de qualquer prova de repercussão econômica no caso. Como muito bem leciona Roque Antonio Carrazza,

Pouco importa, a nosso ver, se o contribuinte repassou, ou não, a carga econômica do tributo recolhido a *maior*. Mesmo nos chamados *tributos indiretos*, presente o indébito tributário, tem o direito inafastável de reavê-lo, a despeito das restrições contidas no art. 166 do CTN.²⁸⁹

Ademais disso, o comando constitucional contido no artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição é claro no sentido que o contribuinte substituído é o legitimado para reaver o indébito quando não realização do fato gerador do tributo como presumido na sistemática de substituição tributária. A regra constitucional é explicitada, ainda, na Lei Complementar n.º 87/96, em seu artigo 10 e parágrafos.

IV. Do direito à restituição de indébito e do dever de complementação de ICMS-ST

Quanto ao âmbito constitucional que delimita o denominado regime de substituição tributária progressiva do ICMS, o dispositivo normativo constante do art. 150, §7.º, da CF, com redação dada a partir da edição da Emenda Constitucional n.º 03/93, assim passou a disciplinar a matéria da substituição tributária progressiva:

²⁸⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 18.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros/jusPOIVM, 2020, p. 150.

(...) §7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Como se pode observar da leitura do dispositivo constitucional em referência, assegura-se ao contribuinte substituído a imediata e preferencial restituição do tributo pago indevidamente pelo substituto, que reteve antecipadamente o ICMS pela cadeia, e o direito à referida restituição independe do que dispõe o art. 166 do CTN, isto é, de qualquer prova relativa à repercussão do ônus econômico do tributo, como já bem entendeu, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça²⁹⁰, que negou provimento ao Recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul para permitir que uma concessionária de veículos se creditasse da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária, no qual acertadamente prevaleceu o entendimento da ministra Assusete Magalhães, não prevalecendo a tese contrária defendida pelo ministro Francisco Falcão, que chegou a defender a aplicação do art. 166 ao caso – a nosso ver, interpretação essa equivocada do ministro.

Já por seu turno, a Lei Complementar n.º 87/96 (Lei Kandir), no dispositivo normativo constata de seu art. 10, passou a prever o seguinte acerca da matéria, em consonância com a disciplina constitucional:

Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

290 STJ- Resp. nº 525.625/RS, 2ª Turma, Rel Min. Francisco Falcão, data de julgamento: 09.08.2022.

Em rigor, a matéria desse dispositivo não é propriamente a substituição tributária (definição de sujeitos passivos, a sua responsabilidade, os critérios de cobrança etc.), mas sim uma consequência lógica gerada a partir da operacionalização do mecanismo da antecipação com a substituição tributária, gerando um descompasso entre previsão e realidade.

Nesse aspecto, extrai-se desses dispositivos normativos (§§ 1.º e 2.º e *caput* do art. 10 da LC n.º 87/96) a essência do regime jurídico da restituição de ICMS-ST, de forma que se podem resumir algumas inferências relevantes extraídas a partir do regime tributário aplicável nessas situações.

Em primeiro turno, como antevisto pelo §1.º do art. 10 da LC n.º 87/96, a restituição do tributo pago indevidamente poderá estar condicionada a pedido formulado por parte do contribuinte, a depender da legislação de cada Estado, não sendo regra obrigatória e inexorável, podendo o Estado disciplinar de forma diversa a questão, como no caso em que a restituição se dá de forma independente de aviso prévio e com autorização direta para compensar, trazendo procedimento menos oneroso ao contribuinte.

Em segundo plano, importante frisar que o sentido atribuído à expressão “fato gerador presumido” pode ser entendido em sentido mais restrito, como também em sentido amplo. Quando compreendido em sentido estrito, só se aplicaria se de fato não ocorresse o fato gerador por completo. Já em sentido amplo, basta que não tenha ocorrido como presumidamente pressuposto. Tem-se em vista que a base de cálculo compõe elemento do fato gerador do tributo, o que justifica sua correlata presunção.

Em último lugar, deve ser analisado à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores que tiveram a oportunidade de tratar acerca do tema em maior profundidade, como passamos a analisar.

Em razão da norma constitucional (§7.º do art. 150 da CF) e do disposto no art. 10 da LC n.º 87/96, todas as unidades da Federação foram quase que obrigadas a permitir a restituição nas hipóteses em que o fato gerador tido por presumido não se concretizasse de fato.

Com base no Convênio ICMS n.º 13, de 1997, isso só ocorreria naqueles casos em que o fato presumido não se realizasse integralmente, como no caso de roubo, furto, deterioração etc., hipóteses que sequer ocorreria operação subsequente, como se depreende da redação literal das cláusulas primeira e segunda do referido diploma:

Cláusula primeira. A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária.

Cláusula segunda. Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

Em que pese essa interpretação do comando constitucional atribuída pela maioria dos Estados através da edição do Convênio n. 13/97, os Estados de Pernambuco, São Paulo e Santa Catarina seguiram uma posição mais abrangente acerca da situação que define a não realização do "*fato gerador presumido*". Tanto assim, que esses três Estados não aderiram ao Convênio 13/97, por entenderem que a restituição/ ressarcimento seria aplicável em caso de se comprovar que a operação final (e preço final) foi realizada a valor inferior à base de cálculo presumida.

O Estado de São Paulo alterou, em 1995, a sua Lei instituidora do ICMS (Lei n.º 6.374/89), por meio da edição da Lei n.º 9.176/97²⁹¹, acrescentando o dispositivo constante do art. 66-B, inciso II do referido diploma legal, a partir do qual se autorizou o ressarcimento em caso de preço final realizado por valor inferior à base de cálculo presumida.

Da mesma forma, prescreveram os dispositivos normativos constantes do inciso II, do art. 19, da Lei n.º 11.408/96, de Pernambuco, e art. 30 a art. 32 da Lei n.º 11.580/96, do Estado de Santa Catarina.

Em razão dessa divergência entre o entendimento dos Estados, a cláusula segunda do Convênio n.º 13/97 foi objeto de questionamento perante do Supremo Tribunal Federal. A Confederação Nacional do Comércio de Alagoas ingressou com a ADI n.º 1.851, de relatoria do ex-Ministro Ilmar Galvão, em 01.07.98, afrontando a redação desse dispositivo do Convênio, por entender que não era a intenção do legislador constitucional atribuir uma visão restritiva e limitada ao direito de restituição do imposto pago a maior por presunção.

291 Como salientou o Min. Eros Roberto Grau em seu voto-vista: "*A hipótese prevista no inciso I desse artigo 66-B é a estipulada no § 7º do artigo 150 da Constituição do Brasil.*" (STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento: 19.10.2016)

Dentro desse contexto, a ADI n.º 1.851 foi julgada somente em maio de 2002, sem dar um termo definitivo à discussão, embora tenha firmado entendimento de que a cláusula segunda do Convênio ICMS n.º 13/97 seria constitucional, pois a Constituição só admitiria a restituição em caso de não ocorrer a operação que concretizasse o fato gerador, dando assim um caráter de definitividade à incidência do ICMS-ST.

Caso se analise mais atentamente e com mais cautela a decisão constante dessa ação direta de inconstitucionalidade, pode-se concluir que, já que o Estado de Alagoas havia concedido uma redução de ICMS a uma carga de 12% em caso de não se optar pelo ressarcimento, para o primeiro semestre do ano de 1998, condicionada à assinatura de um Termo de Acordo renunciando ao direito de restituição do ICMS-ST, os contribuintes resolveram contestar tal prática.

Conclui-se, portanto, que a situação é diversa daquela em que o contribuinte é obrigado por Lei a aplicar a substituição tributária.

De qualquer forma, votaram pela inconstitucionalidade de cláusula segunda do Convênio n.º 13/93 os então ministros Carlos Veloso, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello. Votaram, como votos vencedores, pela constitucionalidade do dispositivo os ministros Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Ellen Gracie. Em suma, todos os ministros do STF que votaram à época a favor não compõem mais o quadro de ministros do Excelso Tribunal.

Sustentando-se nessa decisão do STF, e com o intuito de ver a própria permissiva legal afastada, o Estado de São Paulo ajuizou a ADI n.º 2.777, questionado a redação do art. 66-B da Lei n.º 6.374/89, que conferia aos contribuintes a possibilidade de requererem o ressarcimento do ICMS em caso de a operação final (e preço final) praticado ao final da cadeia mercantil se dar em valor inferior à base de cálculo presumida.

Posteriormente, o Estado de São Paulo editou a Lei n.º 13.291/08, mesmo sabendo que a matéria acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 66-B da Lei n.º 6.473/89 não estava definida, sendo matéria pendente de apreciação pelo STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo próprio Estado de São Paulo, alterando a redação do art. 66-B, inciso II, para restringir o ressarcimento somente àqueles casos que configurassem 'preço tabelado' ou 'pauta'.

Na prática, o Estado veio a inviabilizar o ressarcimento do imposto nas circunstâncias em que houvesse divergência entre a base de cálculo presumida e a realizada, isto é, efetivamente praticada.

Isso por dois principais motivos: (1) são excepcionais as situações em que se pode cogitar de *preço tabelado* ou *pauta*; e (2) aqueles casos que representam suposta aplicação de 'preço tabelado', a legislação utiliza termos diversos justamente para camuflar o fato de se tratar de preço tabelado com a participação da autoridade competente.

Para tanto, o STJ já teve a oportunidade de se posicionar, antes da apreciação da ADI n.º 2.777 pelo STF, no sentido de que o entendimento do STF na ADI n.º 1.851 não se aplicaria ao Estado de São Paulo, como se depreende da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. ADI 1.851/AL. INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE SÃO PAULO. PRECEDENTES DA 1a. SEÇÃO.

1. Consoante entendimento da Primeira Seção desta Corte, não se aplica a ADI 1.851/AL ao Estado de São Paulo, por não ser signatário do Convênio 13/97. Precedentes: EREsp 773.213/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 20.11.06; EREsp 937.301/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ de 7.4.2008; AgRg no Ag 896.838/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 31.10.2008; EAg 387.556/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ de 9.5.2005.

2. Embargos de divergência providos.292.(grifos próprios)

O entendimento do STJ parece ter confirmado que a atitude do Estado de São Paulo, ao ter aprovado uma alteração legislativa, em 2008, que, na prática, inviabilizou a restituição/ressarcimento do ICMS-ST retido a maior pelo substituto tributário, foi no mínimo imprudente, configurando um efetivo abuso do poder público, provavelmente contando que a questão restaria assegurada quando do julgamento da ADI 2.777. Posteriormente a isso, em 19.10.2016, o STF julgou conjuntamente o RE n.º 593.849-MG e as ADI's ns.º 2.675 e 2.777, RE n.º 593.849-MG.

Vale ressaltar que o RE n.º 593.849 possui origem em um Mandado de Segurança impetrado pela sociedade Parati Petróleo, que intentava conferir interpretação mais estendida ao art. 150, § 7.º, da CF, no sentido de que a não realização do fato gerador presumido abrangeria tanto a hipótese (i) em que o fato gerador presumido não se realiza quanto (ii) aquela em que a base de cálculo presumida se vê como superior à real.

292 STJ - EREsp 978.130/SP, Rel. Min. Maur Campbell Marques, DJe: 6.4.2009.

Essa tese, de uma interpretação mais abrangente do dispositivo constante do § 7.º do art. 150 da CF terminou prevalecendo, segundo entendimento firmado no Excelso Tribunal em sede de repercussão geral (Tema 201), como consta da ementa do referido acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida". 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar "tipificante" na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.²⁹³

293 STF - RE nº 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento:19.10.2016.

Na mesma oportunidade, o STF julgou improcedente a ADI n.º 2.777, promovida pelo Estado de São Paulo, de forma a declarar constitucional o dispositivo estadual impugnado, que estava em conformidade com a decisão tomada em sede de repercussão geral, tendo em vista o caráter dúplice da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ademais disso, após a emissão do Parecer PAT n.º 03/2018 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a Secretaria da Fazenda (SEFAZ) publicou, final de maio de 2018, o Comunicado CAT n.º 06/18, com o objetivo de esclarecer o seu particular entendimento acerca das decisões proferidas pelo STF quando do julgamento RE n.º 593.849 e da ADI n.º 2.777(SP). Assim prescreveu o Comunicado CAT n.º 06/18:

Comunica que, nos termos do Parecer PAT 03/2018, somente haverá direito ao ressarcimento do imposto pago antecipadamente pelo regime de substituição tributária, em virtude de operação final com mercadoria ou serviço com valor inferior à base de cálculo presumida, nas situações em que o preço final a consumidor, único ou máximo, tenha sido autorizado ou fixado por autoridade competente (§ 3º do artigo 66-B da Lei estadual 6.374/1989).

Nos casos em que a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária não é fixada nos termos do artigo 28 Lei estadual 6.374/1989 (preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente), não será objeto de ressarcimento o valor do imposto eventualmente retido a maior, correspondente à diferença entre o valor que serviu de base à retenção e o valor da operação realizada com consumidor final.

Além de ter extrapolado sua competência no sentido de não poder inovar em matéria jurídica, por *(i)* tratar-se de normativa infralegal e *(ii)* ter discorrido acerca de questão relativa à interpretação do art. 66-B da Lei n.º 6.374/89 em conformidade à Constituição²⁹⁴, o Comunicado CAT n.º 06/18 tomou por base sistemática de apuração ('pauta fiscal') no mínimo questionável (Súmula n.º 431 do STJ).

Importante perquirir, adicionalmente, se há argumentos sustentáveis no sentido de autorizar o ressarcimento ou restituição do ICMS-ST retido em excesso relativamente ao período anterior a decisão do STF, em outubro de 2016, respeitado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos. Para tanto, importante se enfrentar algumas questões que se

294 Acerca da interpretação conforme a Constituição, interessante o ponto de vista de Paulo Bonavides: *"Como se vê, esse meio de interpretação contém um princípio conservador da norma, uma determinação de fazê-la sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção."* (**Curso de Direito Constitucional**. 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2018, p. 531).

apresentam, de forma a conferir a segurança e certeza necessárias aos contribuintes para efetivar esse pretensão direito.

Sabe-se que nos precedentes judiciais que trataram do tema, quando do julgamento das ADI's ns.º 2.675 e 2.777, assim como do RE n.º 593.849-MG, restou fixada a modulação dos efeitos de tais decisões para quem não possuísse ação proposta à época do julgamento (19.10.2016).

Em que pese a modulação dos efeitos de tais decisões, deve-se considerar que a repetição do ICMS-ST retido em valor superior ao devido já era autorizada por São Paulo desde a vigência da Portaria CAT n.º 17/99, passando pelas Portarias CAT ns.º 158/15 e 42/18.

O próprio Estado de São Paulo, sujeito ativo da obrigação tributária e interessando na arrecadação do tributo, veio a propor a ADI n.º 2.777, justamente por se objetivar uma decisão semelhante à constante da ADI n.º 1.851.

Isso quer dizer que a promulgação da Lei n.º 13.291, de 2008, representou uma burla à matéria que estava *sub judice*, pendente de ser julgada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, representando, ferindo o princípio do *non venire contra factum proprium*.

Isso porque, como pontuado, na prática inviabilizou-se a restituição do indébito tributário no caso particular em que a operação final praticada se desse por valor inferior do que aquele utilizado para o cálculo da base presumida.

Isso por dois principais motivos: (1) são excepcionais as situações em que se pode cogitar de "preço tabelado" ou "pauta"; e (2) aqueles casos que representam suposta aplicação de "preço tabelado", a legislação utiliza termos diversos justamente para camuflar o fato de se tratar de preço tabelado com a participação da autoridade competente.

Além de a edição do dispositivo constante da Lei n.º 13.291/08, que veio a alterar a redação original do ter representado um *venire contra factum proprium* do Estado, o dispositivo em comento possui um vício insanável, pois traça um pressuposto de que o que virá a ser decidido no bojo da ADI 2.777 já lhe é favorável, tendo em vista que limita apenas o ressarcimento aos casos de "preço tabelado" ou "pauta", e não o caso de eventual complemento.

Tal tratamento conferido pela Lei de 2008, além de afrontar o princípio da isonomia tributária (art. 150, inciso II, da CF), por tratar contribuintes que se encontram em

situações equivalentes de modo diferente, parte ainda do pressuposto de que a questão do complemento seria algo superado, e talvez nem merecesse tratamento específico pela legislação, tendo em vista que o STF já teria resolvido a questão quando do julgamento da ADI n.º 1.851, o que não veio, entretanto, a se confirmar quando do julgamento do RE n.º 593.849-MG e da ADI n.º 2.777.

Outro ponto que torna ilegal e inconstitucional a norma constante do art. 66-B da Lei 6.374/89 (com nova redação dada pela Lei n.º 13.291/08), ao limitar a restituição/ressarcimento do ICMS pago maior aos casos de 'preço tabelado' ou 'pauta fiscal' (por serem instituídas por autoridade fiscal), é que tal sistemática de tributação do ICMS-ST já foi declarada com não compatível com o texto constitucional pelo STF, como decorre da redação da Súmula n.º 431 do STJ, o que, em tese, nem poderia ser sugerido pelo legislador ordinário como parâmetro de tributação, e muito menos utilizado tal conceito ("preço tabelado" ou "pauta") como parâmetro para se autorizar o ressarcimento.

Tendo em vista os argumentos ora expostos, entende-se que há linha de interpretação que poderia ser sustentada no sentido de se considerar como ainda vigente a sistemática de ressarcimento de ICMS-ST instituída a partir da redação original da Lei n.º 6.374/89, ou seja, antes da alteração trazida pela legislação de 2008.

Essa linha interpretativa se sustenta, igualmente, pelo fato de que o posicionamento do STF em relação ao julgamento do RE n.º 593.849-MG e da ADI n.º 2.777 não ter afetado a legislação do Estado de São Paulo para antes da data de seu julgamento (19.10.2016), a não ser para os contribuintes que já tivessem demandas propostas antes dessa data.

Isso porque, como já bem mencionado, a legislação vigente antes das alterações trazidas a partir da Lei n.º 13.291/08, com base na redação original do art. 66-B Lei n.º 6.374/89 já autorizava o ressarcimento do valor de base presumido que superasse o valor empiricamente praticado na operação com o consumidor final.

V. Da impossibilidade de exigir o complemento do ICMS-ST relativo ao valor pago a menor

Além de os Estados passarem a prever a obrigatoriedade do recolhimento do complemento ou complementação pelo substituído em razão da parcela do ICMS-ST pago a menor pelo contribuinte substituto, as autoridades fiscais estaduais vêm insistindo em cobrar a referida diferença sob o argumento de que isso deve ser tratado, em última instância, como uma forma de garantia subjetiva ao crédito fiscal, que a Fazenda faria jus por conta do direito oposto, o de restituição.

Como será visto mais a frente, a questão do dever de complemento ou complementação do imposto por parte do substituído tributário na cadeia mercantil foi matéria tratada pelo Supremo Tribunal Federal como *obiter dictum*, que não importa em vinculação para os casos subsequentes, não formatando, ao fim e ao cabo, o precedente judicial.

Em que pese isso, parece-nos haver alguns motivos determinantes que representariam obstáculos de difícil transposição, ou até intransponíveis, para que o Fisco tente exigir o complemento de imposto em caso de o preço praticado na operação praticada com consumidor final represente montante inferior à base de cálculo presumida para efeitos de substituição tributária "*para frente*", como se passa a resumir nos seguintes termos:

- (i) A regra jurídica que estabelece o complemento do imposto representaria um *venire contra factum proprium* da Administração Fiscal, por ser categorizada como "norma de presunção";
- (ii) A norma constitucional constante do art. 150, § 7º, da CF, e que é fundamento de validade à restituição do imposto pago a maior, é regra de limitação ao poder de tributar;
- (iii) Ausência de disposição acerca do complemento na LC 87/96 ou em qualquer outro dispositivo de Lei Complementar acerca do complemento, malferindo prescrição constante do art. 146, inciso III, alínea "a", e art. 155, inciso XII, alínea "b", da CF;
- (iv) O complemento não foi regulado por Lei em São Paulo, mas por norma infralegal (*e.g.*, portarias), malferindo o art. 150, inciso I, da CF;
- (v) A praticidade buscada pelo regime de substituição tributária restaria inócua e ineficaz, pondo em dúvida a própria necessidade de se sustentar tal sistemática de tributação.

Passamos a analisar cada um dos argumentos num maior nível de detalhes, a fim de que se possa compreender as dificuldades da aplicação da sistemática de complemento no caso concreto, sem afrontar normas constitucionais.

Em primeiro lugar (i), a norma de presunção não pode ser utilizada pela Administração fiscal nos casos em que a dita presunção, caso afastada, a favor de quem a institui e dela se beneficia, sob pena de malferir o postulado do *non venire contra factum proprium*, em relação ao ente tributante.

Isso decorre de sua própria natureza, por ter o intuito de facilitar o procedimento fiscal, como norma generalizante e de praticidade, e, por conta disso, em caso de sua invalidade declarada judicialmente, não pode o próprio Estado se beneficiar de um erro ou uma imprecisão que partiu dele mesmo ao instituir a norma de presunção.

Em segundo lugar (ii), a norma constitucional que dá fundamento de validade aos casos de necessidade de restituição do ICMS-ST pago a maior pelo substituto, constante do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, sequer cita a figura do complemento, ao passo que se trata de dispositivo normativo e que consta da Seção II, Capítulo I, Título IV da Constituição Federal intitulado de *Limitações constitucionais ao Poder de Tributar*.

Nesse caminho, quem tem o poder de tributar, sendo, por conta disso, titular de uma competência impositiva outorgada constitucionalmente, é o próprio ente tributante competente, sendo norma direcionada a limitar casos de abuso ou desvio de poder por parte desse ente tributante, e não o contrário, limitando qualquer ação do contribuinte.

Isso guia a interpretação constitucional do dispositivo em comento, de forma que não pode ser utilizada tal garantia outorgada em favor do contribuinte contra ele mesmo, por se tratar de norma que nasceu para proteger o contribuinte de uma presunção criada pelo Fisco, para fins de mera praticidade de fiscalização e arrecadação.

A teleologia do dispositivo constitucional (art. 150, § 7º, da CF) decorre do fato, já suscitado, de que a denominada norma de presunção deve sofrer limitações, justamente privilegiar o princípio da praticidade em favor da Administração Pública.

Em terceiro lugar (iii), há completa ausência de tratamento na LC 87/96 ou em outra norma que tenha esse *status*, ou seja, de Lei Complementar, acerca do instituto do complemento do ICMS-ST, o que afronta os dispositivos constantes do art. 146, inciso III, alínea "a", e art. 155, inciso XII, alínea "b", da CF. Reproduz-se a redação do art. 146, inciso III, alínea "a", da CF:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

A exigência do complemento do ICMS-ST do contribuinte substituído é situação de responsabilidade tributária e de definição de elementos importantes para a configuração de seu fato gerador, sujeita à regulação por Lei Complementar, o que não ocorre no caso concreto, tendo em vista que o art. 10 da LC n.º 87/96 só tratou da restituição do ICMS-ST, mas não do complemento.

Vale mencionar, ainda, decisão do STF que deferiu parcialmente o pedido cautelar no âmbito da ADI n.º 5.866, suspendendo Cláusulas do Convênio n.º 52/17, por afronta ao princípio da reserva legal, previsto nos art. 146, inciso III, art. 150, § 7.º, e art. 155, § 2.º, inciso XII da CF, ao invadir a competência constitucional da Lei Complementar de dispor acerca de normas gerais em matéria tributária, dispondo que:

As determinações dos arts. 146, inc. III, e 155, § 2º, inc. XII, da Constituição de República direcionam-se à lei complementar nacional, nas quais devem ser estabelecidas diretrizes básicas para regulamentação geral do imposto discutido na espécie vertente, que, repita-se, a despeito de sua instituição reservada à competência estadual é de configuração nacional.

Outra decisão, esta proferida em sede de Mandado de Segurança Coletivo no bojo do **Processo n.º 1010278-54.2018.8.26.0053**, assim se pronunciando a Exma. juíza Simone Gomes Rodrigues Casoretti, da 9.ª vara da Fazenda Pública de São Paulo, acerca do tema, transcrita *in verbis*:

Numa primeira análise, verifico a relevância dos fundamentos invocados, pois admitir a incidência de ICMS sobre o software padronizado por transferência eletrônica por download (o conteúdo é baixado da internet e armazenado no aparelho do usuário) e por acesso remoto, o chamado streaming (o conteúdo acessado, um filme, por exemplo, não é armazenado no aparelho e somente poderá ser acessado novamente por meio de outro acesso à internet), com base em convênio e decreto **afronta, sem qualquer dúvida, o disposto no art. 146 da Constituição Federal, pois compete somente a lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes da federação; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (base de cálculo, fato gerador e contribuintes responsáveis).** (grifos próprios)

Como se passa a tratar em mais detalhes, a criação do regime de complemento no Estado de São Paulo foi feita sempre à margem de qualquer participação do legislativo, em flagrante afronta ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da CF).

Em quarto lugar (iv), o princípio da legalidade tributária foi novamente desrespeitado quando da internalização do regime tributário de complementação do imposto. Isso porque não há Lei em sentido formal e material que tenha internalizado a responsabilidade do contribuinte substituído pelo complemento.

O fato se evidencia quando da análise do art. 66-B da Lei n.º 6.374/89, que só tratou da possibilidade de restituição/ ressarcimento do imposto, sem contudo abordar a questão do complemento, o que só veio a ser disciplinado quando da edição da Portaria CAT n. 17/99, o que seguiu com as Portarias CAT n.º 158/15 e n.º 42/18.

Reiteremos, ainda, que a norma constante do art. 10 da Lei Kandir, além de não tratar da figura do complemento, é norma que presume que o ônus financeiro do tributo está sendo suportada pelo contribuinte que efetua a última operação da cadeia.

Considerando os fundamentos mais específicos relativos à questão ora posta, interessante, nesse sentido, a colocação de Marco Aurélio Greco (1998, pp. 129-130), ao analisar o art. 10 da Lei Complementar n.º 87/96 em conjunto com o art. 166 do CTN, chegando a seguinte conclusão:

(...) não é porque o art. 10 da LC 87/96 dispõe que a restituição será feita ao substituído que isso “revogou” o art. 166. A verificação quanto a quem suportou o encargo financeiro do ICMS continua pertinente. Ter suportado o encargo financeiro do ICMS é um requisito de legitimidade para pleitear a restituição de indébito. A regra é que, havendo cobrança antecipada, com o desembolso pelo substituto do respectivo montante, e não ocorrendo o fato gerador, ou ocorrendo em dimensão menor que a prevista, quem suportou o encargo financeiro do ICMS foi o substituído.

Assim, quando o caput do art. 10 assegura ao substituído a devolução do excesso está, na realidade, prevendo uma presunção *juris tantum* de legitimidade do substituído para obter a restituição, pois isso é o que geralmente ocorre (*quod plerumque fit*). Em tese, a lei complementar poderia ter previsto que a devolução do excesso far-se-ia a quem demonstrasse ter suportado o respectivo encargo financeiro; em vez de uma cláusula aberta, preferiu qualificar diretamente o substituído para esse fim. Esta opção tem relevante efeito em se tratando de ônus de prova. De fato, se o critério tivesse

sido o de assegurar a restituição a quem provasse ter suportado o encargo, o ônus da prova seria do pleiteante; vale dizer, quem pretendesse receber o excesso deveria demonstrar ter suportado o encargo, como condição de sua legitimidade.

No que se refere ao complemento, a Lei Kandir não previu algo semelhante, no sentido de quem deveria se presumir legitimado para o complemento o contribuinte substituído. Nesse sentido, mesmo que a norma de complemento se reputasse como válida, estaria submetida à regra genérica do art. 166 do CTN, exigindo em cada caso a prova de que o encargo teria recaído sobre a figura do substituído.

E mesmo que houvesse norma expressa em Lei Ordinária do Estado de São Paulo autorizando e indicando o sujeito passivo da obrigação tributária que arcaria com o complemento do imposto (o que não há!), isso deveria ser tratado antes por Lei Complementar, por tratar de matéria concernente à responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Tais questões – repita-se – independem da modulação de efeitos realizada pelo STF quando da apreciação do RE n.º 593.849-MG e das ADI's n.º 2.675 (PE) e n.º 2.777 (SP), tendo em vista que isso sequer já foi alvo de apreciação pelo STF em algum momento.

Em quinto lugar (v), a praticidade buscada pelo regime de substituição tributária – e que funda a norma de presunção – restaria inócua, pondo em dúvida a própria necessidade de se sustentar tal sistemática de tributação antecipada. Como bem colocado pelo STF em sede do julgamento do RE n.º 593.849/MG,

O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

Isso faz deduzir que o postulado da praticidade, embora um mal necessário, possui suas limitações legais. Assim, a substituição tributária, naqueles casos em que sequer consegue atender à sua razão de existência, isto é, à praticidade tributária por meio de um racional denominado de “tipificante” ou “generalizante”, se perde em seu fundamento de validade.

A ineficiência atestada a partir de um regime de tributação eleito pelo legislador não pode ser imputada, dessa forma, ao contribuinte que se sujeita à aplicação de uma norma de ficção ou presunção jurídica. Em outras palavras, como bem argumenta Marco Aurélio Greco (1998, p. 27),

Impor um recolhimento em função de um fato que se imagina venha a ocorrer posteriormente envolve sempre um risco. O risco de errar na previsão, seja da ocorrência, seja da dimensão respectiva. Esse é um risco assumido pelo Fisco quando impõe compulsoriamente aos contribuintes a sistemática da antecipação. Se o Fisco pretender a certeza quanto à base, cumpre-lhe aguardar a ocorrência do fato gerador para aí, então, exigir todo o tributo.

Não é por outra razão que a doutrina denomina a figura “antecipação do fato gerador”, pois sua adoção implica ter ocorrido efetivamente o fato gerador no momento em que é exigida a antecipação. Se a previsão não foi adequadamente feita e ficou aquém do montante efetivamente praticado no momento subsequente, este foi o risco assumido ao se instaurar o mecanismo. Não se trata de figura semelhante à estimativa, nem se trata de um recolhimento “por conta” de fatos geradores que estão ocorrendo. Trata-se de uma exigência definitivamente dimensionada no momento da antecipação e que não pode apenas ser superior ao critério tradicional; mas nada impede que ela seja inferior, pois, neste caso, **ter-se-á uma carga tributária menor pelo simples fato de que a Lei assim o determinou.** (grifos próprios)

Ademias disso, não procede o argumento de que, assim como ocorre para o contribuinte em relação ao recolhimento do excesso, o Fisco possuiria um direito adquirido à cobrança de eventual insuficiência no recolhimento do tributo. Isso porque o próprio STF já se posicionou no sentido de que as garantias constitucionais (ato jurídico perfeito, direito adquirido, irretroatividade da lei etc.) só poderiam ser invocados pelo contribuinte, e não pelo Fisco.

Esse racional coaduna com o fato de que o §7º da art. 150 da CF está – e não por acaso – inserido no capítulo que trata das “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”. Não é norma que serve ao Fisco, mas sim ao contribuinte, para salvaguardar seus direitos e garantias fundamentais.

Por fim, como citado pelo Min. Edson Fachin em seu voto, *“O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária.”* (RE n.º 593.849/MG)

Parece, com isso, não ter sido à toa que o STF acabou não se pronunciando acerca da questão do complemento, em que pese não se poder afirmar que há precedente ainda favorável ao contribuinte nesse sentido.

Vale mencionar que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 15 de outubro de 2020, por meio da aprovação da Lei estadual n.º 17.293/2020, instituiu e passou a prever o complemento do ICMS-ST para os contribuintes substituídos estabelecidos nesse Estado.

Desse modo, dispôs em seu artigo 24 o seguinte acerca do complemento, alterando a redação original atribuída ao dispositivo constante do art. 66-H da Lei estadual n.º 6.374/1989 (denominada também de “Lei do ICMS do Estado de São Paulo”):

Artigo 24 - Fica acrescentado, com a redação que se segue, o artigo 66-H à Lei n.º 6.374, de 1º de março de 1989: “Artigo 66-H - O complemento do imposto retido antecipadamente **deverá ser pago pelo contribuinte substituído**, observada a sua **regulamentação pelo Poder Executivo**, quando: I - o valor da operação ou prestação final com a mercadoria ou serviço for maior que a base de cálculo da retenção; II - da superveniente majoração da carga tributária incidente sobre a operação ou prestação final com a mercadoria ou serviço. Parágrafo único - **Fica o Poder Executivo autorizado a instituir regime optativo de tributação da substituição tributária, para segmentos varejistas, com dispensa de pagamento do valor correspondente à complementação do imposto retido antecipadamente, nas hipóteses em que o preço praticado na operação a consumidor final for superior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, compensando-se com a restituição do imposto assegurada ao contribuinte.**”

(grifos próprios)

Em primeiro lugar, vale ressaltar alguns aspectos atrelados ao princípio constitucional da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal),

notadamente no que se refere à (i) imputação da responsabilidade tributária no recolhimento do complemento e (ii) na definição de sua base de cálculo.

Em que pese o referido dispositivo normativo faça referência ao contribuinte substituído, como responsável pela complementação do imposto, não especifica qual dos substituídos presentes numa mesma cadeia mercantil (digamos que haja mais de um) seria, de fato, o responsável por esse recolhimento do complemento, se seria, por exemplo, o estabelecimento atacadista ou seria o varejista. Deixou com isso, a questão da definição da responsabilidade a cargo da regulamentação infralegal do complemento, a ser implementada pelo Poder Executivo, em malferimento ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal).

E não seria válido o argumento (falacioso) eventualmente levantado pela autoridade fiscal no sentido de que a imputação da responsabilidade ao último contribuinte substituído da cadeia deveria emanar da própria lógica instituída a partir do dispositivo constante do art. 166 do CTN, porque tal dispositivo refere-se exclusivamente à lógica da repetição do indébito no âmbito dos tributos indiretos, ou seja, que, por essência, repercutem economicamente na cadeia, como ocorre na própria sistemática de ressarcimento/restituição do ICMS-ST.

A imputação de responsabilidade é outro instituto jurídico completamente diverso e distinto da repetição do indébito tributário, que necessita, inclusive, atentar às normas de responsabilidade em matéria de ICMS, conforme dispostas em Lei Complementar.

No que diz respeito à mensuração legal da base de cálculo do complemento, com o detalhamento de toda a sua fórmula de cálculo, entende-se a sua subordinação também ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal), não podendo ser matéria a ser tratada diretamente pelo Poder Executivo.

Em que pese tal fato, como se vê, o legislador ordinário, quando da aprovação das alterações trazidas a partir da edição da Lei estadual n.º 17.293/2020, com a “instituição” do complemento, sequer fez referência à base de cálculo, quanto mais à fórmula de cálculo específica que deverá ser utilizada para efeitos de complemento do imposto.

Além de todas as questões até agora levantadas, vale mencionar que a base de cálculo para efeitos de mensuração do valor do complemento de ICMS-ST a ser arcado pelo substituído será disciplinada integralmente por norma infralegal.

E não se pode alegar, sob qualquer argumento, que o cálculo se deduz de uma simples operação lógica de diferença de bases de cálculo (presumida e praticada), tendo

em vista que, na prática, as metodologias de cálculo aplicadas pelos diferentes Estados, a exemplo de São Paulo²⁹⁵, Minas Gerais²⁹⁶ e Rio Grande do Sul²⁹⁷, são completamente diversas, levando a resultados matemáticos completamente discrepantes.

Em segundo lugar, o denominado 'regime optativo de tributação', ao qual se refere o parágrafo único do referido dispositivo deverá seguir a mesma sistemática de arrecadação e procedimento de regimes semelhantes que são hoje praticados em outros Estados da Federação em matéria de complemento do ICMS-ST, à semelhança do que ocorre nos Estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais. Entende-se, com isso, que a referida "opção" de que trata a norma, que permanece em caráter definitivo para o contribuinte por um prazo de 1 (um) ano, torna-se meio oblíquo e disfarçado de o Fisco limitar o direito de restituição/ressarcimento do ICMS-ST reconhecido pelo STF (RE n.º 593.849/MG, ADI n.º 2.777/SP e ADI n.º 2.675/PE).

Com isso, a título meramente comparativo em relação a como hoje funciona esse regime de opção em outros Estados (Rio Grande do Sul, Minas Gerais, etc.), além das novas disposições sobre a complementação do ICMS-ST, o Decreto Estadual nº 47.621, de 2019, o qual também trouxe alterações ao RICMS/MG, veio a limitar o pleno exercício do direito de restituição/ressarcimento, constitucionalmente reconhecido pelo E. STF (RE nº 593.849/ MG e das ADI's nº 2.777/ SP e 2.675/ PE), acrescentando o seguinte dispositivo:

Art. 31-J - Em substituição ao disposto nos arts. 31-A a 31-I desta subseção, os contribuintes abaixo especificados poderão acordar a definitividade da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária por meio de opção no Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual - SIARE -, hipótese em que não será devido imposto a complementar nem a restituir:

I - contribuinte substituído exclusivamente varejista;

II - contribuinte substituído atacadista e varejista, em relação às operações em que atuar como varejista.

§ 1º - O contribuinte que exercer a opção de que trata este artigo permanecerá vinculado a partir do primeiro dia do mês de realização

295 Portaria CAT nº 42/2018.

296 Decreto nº 47.547/2018.

297 Decreto nº 54.308/2018.

da opção até o término do mesmo exercício financeiro, ressalvada a revogação de ofício promovida pela Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

§ 5º - A opção pela definitividade poderá ser revogada a qualquer tempo pelo Delegado Fiscal, quando ocorrerem situações que a justifiquem, segundo critérios estabelecidos em resolução do Secretário de Estado de Fazenda, visando à preservação dos interesses da Fazenda Pública, hipótese em que o contribuinte será cientificado da decisão e, se desejar, poderá apresentar, no prazo de dez dias, recurso hierárquico ao Superintendente Regional de Fazenda, cuja decisão é definitiva.

§ 6º - Na hipótese de revogação da opção, nos termos do § 5º, fica vedada nova opção no mesmo ano-calendário.(grifos nossos)

A partir da edição da normativa acima transcrita, o Estado mineiro fixou que o contribuinte substituído poderia optar pela fixação de uma base de cálculo do ICMS-ST devido definitiva, hipótese em que não será devido imposto a complementar nem a restituir, ou seja, fixa-se a base de cálculo e não se recolhe o complemento, com a condição de que o contribuinte renuncie ao direito constitucional de restituição/ressarcimento da parcela do imposto retido a maior, isto é, indevidamente, durante todo o ano-calendário.

Em outras palavras, para a Lei paulista também seria dispensado o dever de complementação nesses casos, mas seria igualmente vedada a restituição, de modo flagrantemente inconstitucional e contrário ao parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal, em caso de pagamento a maior a título de recolhimento antecipado do ICMS-ST pelo substituto.

Embora confusa a redação do referido dispositivo, parece ser esse o significado que realmente lhe tentou atribuir o legislador ordinário estadual, ao falar em

(...) dispensa de pagamento do valor correspondente à complementação do imposto retido antecipadamente, nas hipóteses em que o preço praticado na operação a consumidor final for superior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, compensando-se com a restituição do imposto assegurada ao contribuinte.

Vale mencionar que a Portaria CAT n.º 42/18, no que diz respeito ao dever de complementação do contribuinte substituído, não pode produzir efeitos em relação ao

passado, ou seja, períodos anteriores à vigência da referida Lei estadual que instituiu o complemento para o Estado de São Paulo.

Também não haveria como proceder à regular aplicação da Portaria CAT n.º 42/2018, no que trata do complemento, antes da 'regulamentação pelo Poder Executivo', o que só foi feito recentemente por meio de edição do Decreto n.º 65.471/21, com vigência imediata e produção de efeitos a partir de 15 de janeiro de 2021, devendo, em tese, seguir os termos da nova redação atribuída ao dispositivo constante do art. 66-H da Lei estadual n.º 6.374/1989. Válido, com isso, transcrever o teor textual da norma regulamentar em apreço:

Artigo 1º - Passa a vigorar, com a redação que se segue, o artigo 265 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

"Artigo 265 - O complemento do imposto retido antecipadamente deverá ser pago pelo contribuinte substituído, observada a disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda e Planejamento, quando (Lei 6.374/89, art. 66-H, acrescentado pela Lei 17.293/20, art. 24):

I - o valor da operação ou prestação final com a mercadoria ou serviço for maior que a base de cálculo da retenção;

II - da superveniente majoração da carga tributária incidente sobre a operação ou prestação final com a mercadoria ou serviço." (NR).

Artigo 2º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 15 de janeiro de 2021.

Palácio dos Bandeirantes, 14 de janeiro de 2021.

Ocorre que a redação atribuída ao referido Decreto n.º 65.471/21 incidiu em grave falta, (i) seja porque sequer fez referência à base de cálculo do complemento; (ii) seja devido ao fato de ter se resumido a imputar responsabilidade pelo pagamento 'ao contribuinte substituído', sem maiores detalhes acerca de qual substituído da cadeia a norma se refere, como já comentado, em nítida afronta ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da CF).

Ademais disso, o inciso II, conforme inserido à redação do art. 265 do RICMS/SP, poderá representar, a depender do caso concreto, malferimento aos princípios jurídicos da

não surpresa e da segurança jurídica, tendo em vista que se tentaria impor uma exação imprevisível ao contribuinte à época em que contratou a aquisição de um determinado produto sujeito à sistemática de substituição tributária, podendo trazer, inclusive, problemas de cunho concorrencial para as empresas afetadas.

Especificamente em relação à Portaria CAT n.º 42/18, pela opção atribuída ao contribuinte em sua adoção, o Fisco sequer regulou ainda de forma clara o dever de complementação do imposto, o que reforça a necessidade de regulamentação mais precisa por parte do Poder Executivo, ainda pendente de se realizar. Quanto aos demais aspectos atrelados à inconstitucionalidade da cobrança do complemento do ICMS-ST, em si considerado, faz-se referência a tudo o que foi exposto acerca de sua inconstitucionalidade, conforme as 5 (cinco) principais razões já dispostas no início do presente capítulo.

Relativamente à obrigação de os contribuintes no Estado de São Paulo ter que calcular o eventual complemento do ICMS-ST na hipótese de observar diferenças a maior entre a base presumida e a efetivamente realizada, frisamos que o STF não enfrentou esse tema, ao menos de forma mais específica, como deve fazê-lo no futuro, quando do julgamento conjunto do RE n.º 593.849/MG, ADI n.º 2.777/SP e ADI n.º 2.675/PE.

Vale ressaltar, por último, que não é objeto de análise do presente estudo o denominado “Regime Optativo de Tributação da Substituição Tributária” (ROT-ST), a exemplo da denominação atribuída pela legislação paulista ao regime tributário cuja adesão seria uma forma de abdicar de qualquer direito de restituição pelo substituído do valor pago a maior pelo substituto, assim como a dispensa do dever de complementação, o que geraria um discussão apartada do tema em referência.

VI. Definição da base de cálculo por norma infralegal e do malferimento ao princípio da legalidade tributária

Além de todas as questões até agora levantadas, vale mencionar que a base de cálculo para efeitos de mensuração do valor do complemento de ICMS-ST a ser arcado pelo substituído foi disciplina integralmente por norma infralegal.

E não se pode alegar, sob qualquer argumento, que o cálculo se deduz de uma simples operação lógica de diferença de bases de cálculo (presumida e praticada), tendo em vista que, na prática, as metodologias de cálculo aplicadas pelos diferentes Estados, a

exemplo de São Paulo²⁹⁸, Minas Gerais²⁹⁹ e Rio Grande do Sul³⁰⁰, são completamente diversas, lavando a resultados matemáticos completamente discrepantes.

Isso quer dizer que, quando o Decreto n.º 54.308, de 2018, trata do assunto, ele inova em matéria tributária, especificamente ao instituir e determinar o aspecto quantitativo da norma de incidência tributária.

Nos termos do art. 25-A do Decreto Estadual n.º 54.308/2018, a base de cálculo do imposto, para fins de complemento ou complementação, resultará de uma operação matemática só aplicável aos contribuintes substituídos localizados no Estado do Rio Grande do Sul, como se transcreve:

Art. 25-A - O contribuinte substituído varejista, para fins de ajuste do montante do imposto retido por substituição tributária decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, deverá apurar mensalmente, considerando todas as operações com mercadorias recebidas pelo estabelecimento no período que tenham sido submetidas ao regime de substituição tributária:

I - o montante do imposto presumido, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o valor da base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, informado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, deduzido o valor correspondente às mercadorias que não sejam objeto de saídas destinadas a consumidor final deste Estado, ou cuja saída a consumidor final deste Estado seja isenta ou não tributada;

(...)

II - o montante do imposto efetivo, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o preço praticado na operação a consumidor final deste Estado constante nos documentos fiscais de saída das mercadorias.”(grifos nossos)

298 Portaria CAT n.º 42/2018

299 Decreto n.º 47.547/2018.

300 Decreto n.º 54.308/2018.

Caso se consulte legislações de outros Estados, como ocorre com São Paulo, como consta da Portaria CAT nº 42/2018, ver-se-á que há outras variáveis que são utilizadas para efeitos de cálculo, chegando a outro resultado, que não coincidem com o cálculo proposto pela legislação gaúcha.

Ocorre que isso tudo está disciplinado por norma infralegal, com notório malferimento ao princípio constitucional da legalidade tributária, conforme consta do artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

Como já dito, porém, não foi o princípio da estrita legalidade tributária, nem sua vertente mais específica referente às matérias reservadas à lei complementar que foram levadas em consideração no voto de alguns ministros do STF que tiveram a oportunidade de enfrentar o tema em específico, como se passa a demonstrar em um maior nível de detalhes a partir do próximo tópico.

VII. Interpretações extraídas a partir dos votos proferidos no bojo do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG pelos ministros do STF que trataram do dever de complementação do ICMS-ST

Como mencionado em tópico inicial do presente estudo, há três ministros do STF que, há época da apreciação e julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, se pronunciaram acerca da figura do dever de complemento ou complementação do ICMS-ST, um negando provimento do recurso e os outros dois concedendo provimento, de sorte que, em outras palavras, os referidos ministros não restringiram a declarar o mero direito de restituição do tributo pago a maior por parte do substituído na cadeia mercantil, entrando, com isso, no mérito do dever de complementar aquilo que não fora retido pelo substituto tributário.

Nesse sentido, interessante analisar o teor presente em trecho do voto proferido pela ministra Rosa Weber, que se pronunciou acerca do direito de restituição e do dever de complementação do tributo nos seguintes termos:

As posições já foram, como eu disse, amplamente destacadas. Estamos com ICMS, que é um tributo indireto cobrado por dentro, mas tanto o voto do Ministro Fachin quanto o voto do Ministro Luís Roberto destacam a possibilidade de perfeita identificação. E, nesse caso, se a base de cálculo presumida não se concretizar, só nessa hipótese é que haveria sim a restituição ou, no caso, a cobrança pela Fazenda do valor recolhido a menor.

Destaque-se que, a partir do voto da ministra, não se extrai qualquer condicionante para que se dê tanto o direito à restituição, como venha o Fisco a exercer

sua pretensão arrecadatória cobrando o completo do imposto. Isso quer dizer que, em momento algum, seja para se valer da restituição, seja para que o Fisco exerça sua pretensão arrecadatória, a reserva de lei complementar sequer foi suscitada.

Pode-se extrair duas interpretações a partir desse voto, pelo menos, quais sejam: (i) que a ministra ao vislumbrar as duas possibilidades, direito à restituição e dever de complementação, pressupõe que a matéria fosse tratada ou, ao menos, devesse ser tratada por lei complementar antes de sua instituição pelos Estados; ou que (ii) pouco importa a reserva de lei complementar no caso, sendo o dever de complementação do ICMS-ST pressuposto a partir do próprio reconhecimento do direito à restituição, como se bastasse tão somente um raciocínio lógico-matemático para encontrar a incidência e a determinação da sujeição passiva em tais circunstâncias.

O problema de raciocinar seguindo a segunda alternativa (ii) posta é que não há a previsão de que a sujeição passiva, assim como a base de cálculo para o complemento não é necessariamente uniforme, a depender do tratamento atribuído por cada ente federado. Afinal de contas, o contribuinte substituído a que se impõe a cobrança do imposto complementar pode ser qualquer um da cadeia mercantil que seja substituído na operação, atacadista, varejista etc., não estando isso claro em qualquer norma jurídica do sistema, o que abre um rol de possibilidades para o Estado, fora o fato, já demonstrado, que há diferentes formas de se chegar a valores diferentes da base de cálculo do imposto complementar em tais circunstâncias, o que reforça a necessidade de tratamento da matéria por lei complementar.

Ocorre que o que pode ter predominado no voto da ministra tenha sido um raciocínio lógico-matemático, para se chegar a um resultado econômico específico, sem que se frustrem as pretensões arrecadatórias envolvidas no caso concreto.

Já no que diz respeito ao voto proferido pelo então ministro Marco Aurélio de Mello, reiterando as razões de seu voto já sustentado à época da ADI n.º 2.777, fez questão de transcrevê-los em sua fundamentação de voto, o que restou pronunciado nos seguintes termos abaixo transcritos:

O que sustento a respeito do § 7º em comento revela uma estrada de mão dupla. Tanto admito que o contribuinte, verificado o negócio, possa reclamar diferença – valor recolhido a maior – como também o fato de o estado vir a pretender a satisfação do tributo, considerado o valor real do negócio jurídico, no que haja se mostrado superior àquele por ele próprio estimado.

Também em relação ao voto do ministro Marco Aurélio, não se consegue, ao menos com um certo nível de precisão e clareza, se definir se o ministro entendeu prescindível a reserva de lei complementar para o caso, ou se apenas vislumbrou a possibilidade de instituição do complemento, mas desde que se seguissem todos os trâmites cabíveis, incluindo a necessidade de lei complementar expressamente autorizando tal instituição e cobrança por parte dos Estados.

Por fim, passa-se a analisar trecho do voto proferido pelo então ministro do Teori Zavascki, pronunciando-se na seguinte linha:

Se nós dissermos que o valor fixado na substituição tributária progressiva é provisório, ele iria permitir qualquer dessas duas alternativas: seja o contribuinte pedir a restituição, seja o fisco cobrar a diferença - é o que está na lei. Por isso, a lei mineira disse exatamente isso: "Olha, nós estamos criando aqui um regime de substituição tributária; o valor presumido é um valor definitivo" - e mais adiante eu vou voltar ao assunto. Portanto, não se vai permitir nem que o Estado seja obrigado a devolver, nem que o Fisco possa cobrar a diferença, caso, no futuro, a operação final venha a ser diferente. De modo que, até pela posição dos votos antecedentes, seria importante que se esclarecesse como ficaria a posição do Fisco nessa história: se o Fisco também poderia, eventualmente, cobrar a diferença.

Em relação particularmente ao trecho do voto do ministro Teori Zavascki que enfrenta particularmente o tema, pode-se inferir, diferentemente dos demais aqui analisados anteriormente, que o ministro deduz como revés lógico do direito de restituição, o referido dever de complementação do imposto recolhido por substituição, o que, pelo seu discurso, parece de fato prescindir de outra norma que valide tal cobrança ademais daquelas instituídas pelos próprios Estados, já que isso já estaria indiretamente disciplinado quando se legisla acerca do direito de restituição, sendo o simples "outro lado da moeda", que funda a pretensão arrecadatária por si próprio.

Além desses aspectos, importante mencionar que o próprio STF foi provocado a analisar especificamente a questão da obrigatoriedade do complemento, nos Embargos de Declaração opostos pela procuradoria fazendária no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, e o ministro relator Edson Fachin foi categórico ao afirmar que tal matéria não foi requerida ou aventada no processo, fato esse que já foi reconhecido, inclusive, em sede de outras decisões judiciais, como é o caso da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação n.º 0340784-09.2018.8.21.7000, que já atestou que "*não houve debruçamento sobre tal hipótese, descabendo-se, desta forma, estender o posicionamento adotado pela Corte Suprema*".

Tais questões só revelam o quão complexa se coloca a discussão em pauta, logo porque o pronunciamento incidental acerca da matéria, que partiu de trechos de votos de apenas três ministros do STF, e não conclusivos, não fazem voz de precedente vinculante, de forma a não servir de paradigma à questão, necessitando-se de uma análise específica a ser provocada no Excelso Tribunal.

Em outras palavras, representam o que a doutrina processual denomina de *obiter dictum*, que não importa em vinculação para os casos subsequentes, não perfazendo o precedente vinculante. Em outras palavras, o Supremo deverá ainda se pronunciar expressamente, e isso parece uma tendência bastante provável, acerca da matéria relacionada à constitucionalidade ou não do complemento do ICMS-ST, o que ainda propriamente não ocorreu.

De todo modo, a questão auxilia o estudioso da ciência jurídica a identificar aspectos atrelados aos fatores que influenciam não só o raciocínio dos julgadores; mas, especificamente, o que os motiva ao decidir questões desse teor, o que torna a recusa da compreensão de racionais decisórios rotulados como consequencialistas um obstáculo intransponível à sua necessária compreensão.

VIII. Consequencialíssimo com fundamentos extrajurídicos de cunho econômico e o afastamento da estrita legalidade

Ao se deparar com complexidades jurídicas como a infinidade de leis existentes, em que em número crescente de normas deixa de preencher a sua função primordial, como já prenunciava Francesco Carnelutti³⁰¹, de modo que a ordem jurídica, que deveria ter o maior dos méritos na simplicidade, se tornou uma espécie de labirinto em que nem os seus guias conseguem, por vezes, se orientar.

A publicação incessante de normas legais, e, principalmente, infralegais em matéria tributária mostra do fator endêmico e deletério pelo qual perpassa o nosso sistema jurídico positivo, recorrendo-se a uma infinidade de instrumentos normativos cercados da maior complexidade, tendo em vista a falta de unicidade de tratamentos, procedimentos e planejamento de como se devem dar as relações de tributação.

Isso parece ser um fator adicional para que o Poder Judiciário se afaste das soluções arquitetadas a partir de uma infinidade de leis, regulamentos, instruções

³⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 5ª.ed. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2010, p. 34.

normativas, portarias, comunicados, dentre tantos outros instrumentos normativos, que já não parecem alcançar, ao menos da melhor forma seu desiderato.

Muitas vezes a referida complexidade do sistema normativo fiscal é imputada ao próprio Estado, que estaria se utilizando dessa complexidade em seu próprio benefício em face de sua pretensão primordialmente arrecadatória.

Ocorre que a ideia de uma teleologia interpretativa de cunho econômico, ou, em seu viés fiscalista, de cunho arrecadatório, não se restringe à esfera da Administração Pública, que precisa garantir a arrecadação em proveito de seus cofres, tentando salvaguardar suas finanças; mas, também, tal teleologia interpretativa também se vê presente em outras esferas, como nos julgados administrativos e judiciais que tratam de matéria fiscal.

Como se viu isso está incorporado no próprio discurso dos ministros do STF, notadamente no caso ora objeto de análise, referente ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, que, por mais que tenha tido o objetivo de tratar do direito de restituição do ICMS-ST retido pelo substituído em montante maior que o devido e presumido em relação à toda a cadeia mercantil, tratou, igualmente, mesmo que de forma pontual em alguns votos, da possibilidade de se aceitar a cobrança do imposto complementar, mesmo sem disciplina expressa na Constituição Federal ou na Lei Complementar n.º 87/96.

Pode-se inferir, a partir daí, um discurso consequencialista de cunho eminentemente econômico e, particularmente, arrecadatório, mas que não tem base legal, estando fora de uma concepção clássica de estrita legalidade, afastando-se de um racional de simples subsunção do fato à norma.

Em que pese concordemos com Francisco Laporta³⁰², quando afirma que as posturas interpretativa e aplicativa adotadas pelo interpreto ou aplicador da norma não podem ser um opção estratégica de natureza meramente consequencialista, deve-se reconhecer, por outro viés, que qualquer decisão tem um cunho, menor que seja, de consequencialismo, de modo que o julgador não é uma figura alheia ao que ocorre na sociedade, ao que se passa em termos de processos psíquicos em sua mente e à situação econômica de seu país.

Antes de se decretar um completo repúdio a tais comportamentos de interpretação e decisão, por parte de alguém que foi legitimado a tanto, deve-se primeiro perquirir das razões, mesmo que se rotulem como extrajurídicas, que levaram um

302 LAPORTA, Francisco J.. **El império de la ley**. Del Rey, 2007, p. 192.

determinado julgador, por exemplo, a tomar determinada decisão com o intuito de solucionar um conflito que lhe foi posto.

Ademais disso, vale ressaltar que a questão de o juiz ou tribunal adotar posturas que se rotulam como consequencialistas não evidencia uma completa falta de coerência em suas decisões nem que tais decisões sejam alheias a quaisquer valores suportados pela sociedade, tendo em vista que, como bem pondera Neil Maccormick³⁰³, o juiz, inclusive, se obriga a tratar de modo similar casos semelhantes, apresentando razões universais ou universalizáveis para fundar a sua decisão, o que demonstra que o consequencialismo não se trata de um total arbítrio no momento de decidir.

No mais, é inevitável que aspectos políticos, econômicos, sociológicos, por exemplo, povoem a mente de quem tem a função de decidir, notadamente naquelas situações difíceis, em que se identificam áreas indeterminadas nas quais se vê, em certa medida, uma maior discricionariedade na tomada de decisões. Nesse sentido, fazendo as devidas distinções ao sistema brasileiro, interessantes são as reflexões produzidas por Richard A. Posner:

Naturalmente, um juiz não deve valer-se da liberdade advinda de seu cargo, para tentar, em larga escala, impor à nação, em nome da Constituição, as visões de São Tomás de Aquino acerca do direito natural, ou então as de Herbert Spencer, ou ainda a filosofia utilitarista de Bentham, ou mesmo a de Mill. A tolerância e o comedimento são virtudes importantes no ato de julgar. Mas as visões filosóficas, religiosas, econômicas e políticas de um juiz devem orientá-lo nos casos situados naquelas áreas indeterminadas nas quais ele possui poder discricionário para tomar decisões.³⁰⁴

Tal consequencialismo, no presente caso analisado, parece coadunar com aquilo que denominamos, para fins didáticos, de interpretação teleológica de cunho econômica, nos termos extraídos a partir da análise realizada por Eros Roberto Grau³⁰⁵, o que nos possibilita trabalhar em uma conclusão, mesmo que ainda parcial, a partir das questões propostas até no presente estudo.

303 MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**. V. 58. N. 2. New York: New York University, May 1983, pp. 249-250.

304 POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Pereira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 210.

305 GRAU, Eros Roberto. **Conceito de tributo e fontes do direito tributário**. São Paulo: IBET/ Resenha Tributária, 1975, pp. 75-76.

IX. Conclusão

Como já salientado no início do presente estudo, nem sempre os métodos interpretativos e meios de integração normativa típicos de um discurso positivista parecem suficientes para solucionar os conflitos postos, além do que, em determinados casos, os julgadores simplesmente, por algum fundamento, decidem não os aplicar, chegando até mesmo a ignorar o que está prescrito textualmente no dispositivo normativo que, ao mesmo em tese – seria aplicável ao caso concreto.

A conclusão de Renato Lopes Becho³⁰⁶ no sentido de que a ciência do direito, ao menos nos moldes em que a conhecemos, não está preparada para explicar quando os juízes não aplicam as leis corrobora com tal questão, ao passo que se vê como inevitável uma reflexão multidisciplinar para melhor compreender como os juízes e tribunais decidem, notadamente quando não aplicam a denominada subsunção do fato à norma.

Além dessa questão, importante ressaltar que o discurso consequencialista, seja rotulado como jurídico ou extrajurídico, particularmente atrelado ao precedente aqui analisado, referente ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG está presente, igualmente, em vários outros julgados do STF e espalhados na jurisprudência dos Tribunais Superiores, de modo que não se trata de um caso pontual, mas sim de um fenômeno que se repete em diversas situações, o que torna imperativa a sua compreensão.

Para o caso ora posto, referente a esse precedente do STF, conclui-se que o Supremo, notadamente a partir do voto proferido por alguns de seus ministros na referida decisão, parece ter aplicado uma interpretação teleológica de cunho eminentemente econômico em relação à validação da figura do complemento ou complementação do ICMS-ST, adotando um método de interpretação, sob notória e intensa pressão política, que parece ter, de algum modo, atendido o intuito de favorecer a pretensão arrecadatária dos diversos Estados da Federação, seguindo um critério meramente lógico-matemático de que se vale a restituição, vale também a complementação do imposto; mas, por outro viés, carente de fundamentação no texto da lei, que não coaduna com uma aplicação formal dos dispositivos hoje constantes de nossa Constituição e nem da lei Complementar nº 87/96.

Bibliografia

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰⁶ BECHO, Renato Lopes. **Ativismo jurídico em processo tributário**: crise teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 226.

____. **Ativismo jurídico em processo tributário:** crise teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito.** 5ª.ed. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS.** 18.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros/jusPOIVM, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Conceito de tributo e fontes do direito tributário.** São Paulo: IBET/Resenha Tributária, 1975.

GRECO, Marco Aurélio. **Substituição Tributária:** ICMS, IPI, PIS e Cofins. São Paulo: IOB, 1998.

GUASTINI, Ricardo. **Interpretar e argumentar.** Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

JUNIOR, Tércio Ferraz Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2022.

LAPORTA, Francisco J.. **El império de la ley.** Del Rey, 2007.

MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review.** V. 58. N. 2. New York: New York University, May 1983.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática.** 15ª ed. (revista e atualizada), 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS.** São Paulo: Dialética, 1999.

____. **Curso de direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2014.

POSNER, Richard A. **Para além do direito.** Tradução de Evandro Pereira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

TESAURO, Francesco. **Instituições de direito tributário.** São Paulo: IBDT, 2017.

PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO PÚBLICO: INSUFICIÊNCIA DAS TESES FIRMADAS PELO STF NA ADI 4.167 PARA A SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS EM FACE DOS DIVERSOS REGIMES REMUNERATÓRIOS DOS ENTES FEDERADOS

PALOMA TEIXEIRA REY:

Procuradora do Estado da Bahia. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Especialização em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia³⁰⁷

JOSÉ CARLOS WASCONCELLOS JR³⁰⁸.

(Coautor)

RESUMO³⁰⁹: O trabalho aborda, mediante análise da legislação vigente e de casos já julgados, a insuficiência de parâmetros para a aferição do cumprimento, pelos Entes Federativos, do piso nacional para os profissionais do magistério público da educação básica instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, apresentando o IRDR como mecanismo adequado para a fixação de teses complementares às já firmadas pelo STF acerca da interpretação da expressão “piso salarial” adotada pela referida lei.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Piso salarial. Magistério público da educação básica. Direito processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

1. INTRODUÇÃO.

A Lei Federal nº 11.738, de 16 de julho de 2008, regulamentou o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, provocando, de um lado, grandes expectativas remuneratórias pelos professores, mas, de outro, preocupações e incertezas dos Entes Federativos quanto à viabilidade da implementação de uma única política pública nacional diante das diversas realidades econômicas, financeiras e sociais vivenciadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e das peculiaridades de cada regime remuneratório estabelecido por estes para as carreiras do magistério público.

307 Contato: paloma.rey@pge.ba.gov.br

308 Procurador do Estado da Bahia. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia

309 Tese apresentada e aprovada com louvor no XLVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal realizado no período de 29 de agosto a 01 de setembro de 2022, em Gramado/RS.

Não demorou muito para que as dúvidas e incertezas dessem lugar a litígios judiciais instaurados nas cortes brasileiras, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Milhares de ações judiciais foram propostas, submetendo ao Poder Judiciário diversas questões surgidas a partir de vigência da Lei 11.738/2008: poderia a União legislar sobre regime remuneratório e jornada de trabalho de servidores públicos estaduais e municipais? O piso salarial estaria restrito ao vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica ou se haveria de, proporcionalmente, estabelecer outros pisos para as classes superiores à inicial, de modo a manter a distância remuneratória no escalonamento vertical de cada carreira? Professores do ensino infantil sem licenciatura estariam alcançados pela regra do piso nacional? Como conciliar a necessidade de cumprimento da Lei 11.738/2008 com os limites impositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal? O parâmetro para aferição do cumprimento do piso nacional é o valor do vencimento básico ou valor global da remuneração?

Com recorte nesse último questionamento, o presente trabalho busca demonstrar que as teses já fixadas em precedentes qualificados pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, ainda não são suficientes à pacificação dos conflitos estabelecidos entre as Administrações Públicas e os integrantes das suas carreiras de magistério público, propondo, ao final, medidas pelas quais seja possível a definição, com segurança jurídica, de parâmetros objetivos para aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008.

2.A LEI FEDERAL Nº 11.738/2008.

A Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, incorporou ao texto da Constituição Federal significativas alterações voltadas à promoção e ao incentivo à educação de qualidade, lastreadas, dentre outros princípios, na valorização dos profissionais da educação escolar.

Nesse sentido, acrescentaram-se os incisos V e VIII ao caput do artigo 206 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

[...]

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Para efetivar tal valorização, a própria EC 53/2006 também conferiu nova redação ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo a distribuição de recursos e responsabilidades entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios mediante a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (inciso I) e a definição, em lei específica, de prazo para fixar o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica (inciso III, alínea “e”).

Foi, então, justamente com o propósito de instituir e regulamentar esse piso salarial nacional, que adveio, em 16 de julho de 2008, a Lei Federal nº 11.738, cercada não só de expectativas pelos profissionais do magistério público como também de incertezas e preocupações pelos gestores educacionais das Administrações Públicas.

Nos termos do artigo 2º do que se convencionou chamar de “Lei do Piso”, fixou-se em R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, para a formação em nível médio na modalidade “normal”, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394/1996.

Em um país de dimensões continentais com graves problemas de desigualdade social, organizado em quase 5.600 entes federativos, todos autônomos³¹⁰ e com realidades administrativas, orçamentárias e econômicas bastante distintas, a implementação de um único piso salarial profissional já representaria um enorme desafio. O primeiro valor estipulado para o piso nacional do magistério público da educação básica, todavia, agravava sobremaneira tal desafio.

Afinal, como viabilizar que, além da União e do Distrito Federal, todos os Estados e Municípios conseguissem se organizar para levar a efeito o princípio constitucional do piso salarial profissional no valor de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), quando o salário-mínimo vigente naquele mesmo ano de 2008 era de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais)³¹¹?

Cabe destacar que o artigo 5º da Lei do Piso definiu que aquele valor passaria a ser “atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009” (caput), “calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno

³¹⁰ Conforme caput do artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³¹¹ Conforme artigo 1º da Lei Federal nº 11.709, de 19 de junho de 2008.

referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007” (parágrafo único).

Antevendo as dificuldades que seriam enfrentadas pela grande maioria dos Municípios e, mesmo, por muitos Estados, a própria Lei 11.738/2008 apresentou soluções de contorno e espécie de plano de contingência, a exemplo da integralização “de forma progressiva e proporcional” e da cooperação técnica e financeira da União, conforme se observa das disposições expressas nos artigos 3º e 4º, *ipsis verbis*.

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

I – (VETADO);

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o caput deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à

educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

Outras dificuldades, algumas sequer antevistas à época da tramitação dos projetos de lei que resultaram na Lei Federal nº 11.738/2008 – PL 619/07 (oriundo do Poder Executivo) e PL 7.431/06 (do Senado) –, não receberam o regramento pleno e exauriente pelo legislador federal.

Já nos primeiros meses de vigência da Lei do Piso, ações judiciais começaram a ser propostas pelo país, submetendo aos tribunais brasileiros diversas questões em torno da aplicação dos dispositivos daquela lei, especialmente o artigo 2º, que, além de definir o valor do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, ainda dispõe sobre jornadas de trabalho destes:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades,

com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional no 47, de 5 de julho de 2005.

O próprio Supremo Tribunal Federal, já em 29/10/2008, foi instado a se pronunciar sobre questões de grande relevo acerca da validade e aplicação da Lei Federal nº 11.738/2008, em especial, sobre o parâmetro para aferição do cumprimento do piso nacional. Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará questionaram a constitucionalidade do art. 2º, §§ 1º e 4º, do art. 3º, caput e incisos II e III, e art. 8º, todos da Lei do Piso.

3.A INSUFICIÊNCIA DAS TESES FIXADAS PELO STF NA ADI 4.167.

Os autores da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167 defenderam, em síntese, que a imposição de parâmetros para a jornada de trabalho dos servidores estaduais e municipais previstas nos artigos 2º e 4º da Lei 11.738/2008 violava: a reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo para regular o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os Entes da Federação em razão da regra da simetria; o pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado devem seguir regime de colaboração, não de imposição; e o princípio da proporcionalidade, pois, tanto no aspecto pedagógico, como no aspecto financeiro, a Lei do Piso traria custos exagerados, de modo que, para adequar a planificação da jornada e de sua composição, o ente federado teria de aumentar o número de professores e essas novas contratações implicariam aumento de gastos com a folha de remuneração e outros custos acessórios.

Os governadores requerentes sustentaram, ainda, que a constitucionalidade da estipulação de piso nacional profissionais do magistério público da educação básica dependeria da delimitação do alcance do que seria “piso salarial”, argumentando que este deveria compreender todas as vantagens pecuniárias devidas ao servidor em razão do exercício de sua profissão, de modo a não admitir a aplicação literal e restritiva da expressão “vencimento inicial da carreira”. Nos termos da petição inicial apresentada na ADI 4.167, “(...) a concretização do referido piso depende de sua adequação local – nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios - e que ignorar essa circunstância fará com que se tenha por ferido o princípio federativo (...)”³¹².

Efetivamente, uma interpretação restritiva da expressão “piso salarial” poderia provocar impactos absolutamente distintos nos variados regimes remuneratórios estabelecidos pelos Entes Federados para os seus servidores, muitos deles instituídos a partir de suas realidades sociais e peculiaridades econômicas.

Daí porque, em sessão realizada no dia 17/12/2008, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida liminar pleiteada, para, por maioria e até o julgamento final da ADI 4.167:

- a) dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão-somente, o vencimento básico inicial da carreira;
- b) suspender a aplicabilidade do § 4º do mesmo art. 2º; e
- c) dar interpretação conforme ao art. 3º da Lei 11.738/2008, para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º de janeiro de 2009.

Em 06/04/2011, todavia, o Plenário do STF concluiu o julgamento da ADI 4.167 e, por maioria, decidiu por julgar improcedente a ação, declarando, portanto, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Federal nº 11.738/2008 ali analisados. Após a oposição de embargos declaratórios e julgamentos destes, o acórdão transitou em julgado em 14/10/2013.

No recorte que interessa a este trabalho – qual seja, a interpretação da expressão “piso salarial” para a definição de parâmetros a serem considerados na aferição do cumprimento do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica –, o STF, modificando o entendimento inicialmente manifestado quando

³¹² STF, ADI 4.167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, petição inicial, fls. 16.

da concessão da medida liminar no bojo da mesma ADI, decidiu julgar “improcedente o pedido para interpretar ‘piso’ como ‘remuneração global”.

Malgrado tenha se tratado de julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, as teses ali fixadas não foram suficientes para alcançar a pacificação judicial em torno da aplicação da Lei 11.738/2008, nem mesmo quanto às questões debatidas naquela ação.

Prova disso é que, posteriormente ao julgamento da ADI 4.167 pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre, pelo menos, 2 (dois) temas repetitivos, a partir do julgamento de recursos afetados como representativos das controvérsias, firmando novas teses acerca da aplicação do piso salarial do magistério público, a saber:

- a) “Os dispositivos do art. 4º, caput, e §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.738/2008 não amparam a tese de que a União é parte legítima, perante terceiros particulares, em demandas que visam à sua responsabilização pela implementação do piso nacional do magistério, afigurando-se correta a decisão que a exclui da lide e declara a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito ou, em sendo a única parte na lide, que decreta a extinção da demanda sem resolução do mérito.” (**Tema 592313**);
- b) “A Lei n. 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais.” (**Tema 911314**).

No âmbito do próprio STF, após o julgamento do ADI 4.167 e antes mesmo do trânsito em julgado daquele acórdão, foi proposta nova Ação Direta de Inconstitucionalidade em 04/09/2012, tombada sob o nº 4.848, pela qual os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina questionaram a conformidade do art. 5º, parágrafo único, da mesma Lei Federal nº 11.738/2008 ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, tendo sido também julgada improcedente essa ADI em 01/03/2021, com a fixação da tese de que “É constitucional a

313 STJ, REsp 1559965, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, j. 14/6/2017, DJe 21/06/2017

314STJ, REsp 1426210, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, j. 23/11/2016, DJe 09/12/2016

norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica”.

Ainda no STF, já foram afetados ao menos 4 (quatro) recursos como representativos de controvérsias repetitivas em torno da Lei 11.738/2008, relacionados aos Temas 958, 1134, 1179 e 1218:

- a) **Tema 958:** “Aplicação do art. 2º, § 4º, da Lei federal n. 11.738/2008, que dispõe sobre a composição da carga horária do magistério público nos três níveis da Federação” (afetado o Recurso Extraordinário nº 936790, com repercussão geral reconhecida);
- b) **Tema 1134:** “a) Possibilidade de reajuste de vencimento das carreiras do Grupo de Atividades de Educação Básica do Poder Executivo, previsto pelo artigo 3º da Lei 21.710/2015 do Estado de Minas Gerais, com base nas atualizações do piso salarial nacional dos profissionais da educação básica (Lei Federal 11.738/2008); b) abrangência das alterações efetuadas no projeto de reajuste salarial, pela Assembleia Legislativa; e c) periodicidade a ser considerada nas atualizações.” (afetado o Recurso Extraordinário nº 1309924, com repercussão geral afastada);
- c) **Tema 1179:** “Forma de cálculo do piso salarial devido aos professores da rede de educação básica, considerando a proporcionalidade com o piso nacional para jornada de 40 horas semanais (Lei Federal 11.738/2008) e a distribuição da carga horária dentro e fora de sala de aula.” (afetado o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1343477, com repercussão geral afastada);
- d) **Tema 1218:** “Adoção do piso nacional estipulado pela Lei federal 11.738/2008 como base para o vencimento inicial da carreira do magistério da Educação Básica estadual, com reflexos nos demais níveis, faixas e classes da carreira escalonada.” (afetado o Recurso Extraordinário nº 1326541, com repercussão geral reconhecida).

Percebam-se que muitas dessas controvérsias submetidas posteriormente ao STJ e ao STF guardam relação direta com as questões apreciadas na ADI 4.167, a comprovar que o pronunciamento da Corte Suprema no julgamento dessa ação ficou longe de solucionar o conflito e, mais ainda, de prevenir novas ações judiciais.

Mesmo quando o STF decidiu, na aludida ADI 4.167, por julgar “improcedente o pedido para interpretar ‘piso’ como ‘remuneração global”, não conseguiu fixar uma tese completa e assertiva em torno da questão, o que terminou vindo a ser reconhecido por membros da própria corte em decisões mais recentes.

4.A PERSISTÊNCIA DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “PISO SALARIAL” ADOTADA PELA LEI 11.738/2008. NOVAS DECISÕES DO STF.

Em razão de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará nos autos dos mandados de segurança de nº 0002367-74.2016.8.14.0000 e nº 0001621-75.2017.8.14.0000 – pelas quais, fundado nas conclusões do julgamento da ADI 4.167, entendeu-se que o piso salarial, para fins de cumprimento da Lei Federal nº 11.738/2008, deve ser aplicado no valor do vencimento básico do cargo –, o Estado do Pará ajuizou, perante do STF, o pedido de Suspensão de Segurança nº 5236.

Na fundamentação desse pedido de suspensão, o Estado do Pará defendeu que as decisões do TJPA em ambos os casos, a despeito de invocarem o julgamento da ADI 4.167, em verdade o contrariariam, pois, “para definir piso salarial nacional foi utilizada interpretação negativa, na qual restou assentado que, para efeitos de caracterização do piso, NÃO se admitia a remuneração global, pois não poderiam ser consideradas vantagens transitórias, pessoais, não comuns e que não fossem uniformes a todos os integrantes da carreira”³¹⁵.

Sustentou, assim, que, “piso salarial deve ser o valor diretamente relacionado ao serviço prestado, o mínimo valor devido como contraprestação pecuniária, aos cargos que integram o magistério básico”³¹⁶, esclarecendo que, no regime remuneratório aplicado no Estado do Pará, “além do vencimento-base, há o pagamento de uma vantagem permanente, comum, inerente ao exercício dos cargos do magistério e uniforme para todos os integrantes da carreira: a gratificação de escolaridade, calculada na ordem de 80% sobre o vencimento-base”³¹⁷.

O feito foi distribuído em 08/06/2018 à relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que, já em 19/06/2018, deferiu liminarmente o pedido de suspensão dos acórdãos prolatados pelo TJPA nos julgamentos daqueles dois mandados de segurança, merecendo destaque a seguinte fundamentação adotada por Sua Excelência:

“11. Nos estreitos limites de cognoscibilidade do mérito da causa permitido na análise da contracautela, tem-se que a percepção de gratificação por toda a categoria parece afastar ausência de razoabilidade em tê-la como valor diretamente relacionado ao serviço

315 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 10.

316 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 9.

317 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 10.

prestado, pela sua composição na contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação paraense.

Essa compreensão da matéria não parece mitigar a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional, como anotado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167/DF, por não abranger parcelas remuneratórias baseadas em critérios individuais e, portanto, meritórias.” (STF – SS 5236 MC – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, pág. 13, j. 19/06/2018, pub. 21/06/2018 – grifos no original).

Essa decisão da Ministra Cármen Lúcia reacendeu uma discussão que parecia ter sido resolvida quando do julgamento da ADI 4.167, pois, desde então, passara a prevalecer nos tribunais o entendimento de que era o valor do vencimento básico inicial da carreira que deveria respeitar o piso salarial nacional dos professores. Embora unipessoal, a decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 5236 sinalizou uma flexibilização na tese outrora fixada.

Com efeito, compreendendo que no julgamento da ADI 4.167 o STF aplicou uma interpretação negativa – no sentido de que o piso nacional NÃO correspondia ao valor global da remuneração –, a Ministra Cármen Lúcia parece ter encontrado, na *ratio decidendi* daquele julgado, a compreensão de que é possível que, dentre tantos regimes remuneratórios aplicados pelos Entes Federativos aos seus servidores, existam vantagens não “baseadas em critérios individuais e, portanto, meritórias” e que possam, assim, ser aplicadas conjuntamente ao vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, sem “mitigar a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional”³¹⁸.

Em 13/12/2021, alcançou o STF também o Recurso Extraordinário nº 1362851, interposto pelo Estado da Pará justamente contra o acórdão de um dos supracitados mandados de segurança – o de nº 0001621-75.2017.8.14.0000 –, tendo sido distribuído à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Inicialmente, esse recurso tivera o seguimento negado, todavia, em exercício de retratação, por ocasião de agravo interno manejado pelo Estado do Pará, o Min. Alexandre de Moraes deu provimento ao recurso extraordinário, para denegar a segurança, valendo ressaltar os fundamentos seguintes:

318 STF – SS 5236 MC – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, pág. 13, j. 19/06/2018, pub. 21/06/2018.

“Verifica-se, portanto, que ao excluir a gratificação de escolaridade do conceito de vencimento base o Tribunal de origem interpretou de forma equivocada a jurisprudência desta CORTE, pois o ato impugnado não se ajusta ao contexto do parâmetro de controle acima (sic) descrito.

(...)

Desse modo, considerando que todos os professores de nível superior do Estado do Pará recebem gratificação de escolaridade, não fazem jus ao piso salarial nacional estabelecido na Lei Federal 11.738/2008.

Isso porque a referida gratificação integra o valor do vencimento base, ultrapassando o piso salarial regulamentado pela Lei Federal 11.738/2008.” (STF – Ag. Reg. no RE 1362851/PA – Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, pág. 2/3 e 5, j. 25/04/2022, pub. 28/04/2022 - negritos aditados).

Ambas as decisões proferidas por Ministros do próprio STF evidenciam que a interpretação dada por aquela Corte Suprema, quando do julgamento da ADI 4.167, à expressão “piso salarial” adotado pela Lei Federal nº 11.738/2008 ficou longe de ser conclusiva, encontrando espaço para alcançar outras vantagens além do vencimento básico inicial da carreira do magistério público da educação básica.

A definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008 é medida ainda aguardada por Estados, Distrito Federal e Municípios.

5.A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE TESES COMPLEMENTARES ÀS FIRMADAS PELO STF NA ADI 4.167.

A conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1362851 pelo STF não resolverá os litígios entre servidores e Administrações Públicas acerca da aplicação do piso nacional do magistério, a uma, porque a questão ali analisada estava adstrita a uma das vantagens remuneratórias do regime jurídico aplicado pelo Estado do Pará a seus professores e, a duas, porque o recurso não fora processado e julgado na sistemática dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, de modo que a decisão não se qualifica como um dos precedentes de observância obrigatória.

Não obstante, a partir dos julgamentos realizados pelo STF em torno da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” para fins de aplicação do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, é possível se chegar a, pelo menos, três conclusões:

- a) o valor global da remuneração do servidor do magistério público do ensino básico não é o parâmetro a ser observado na aplicação do piso salarial nacional;
- b) o valor do vencimento básico inicial da carreira dos professores pode não ser o único parâmetro a ser considerado no cumprimento da Lei do Piso;
- c) outras vantagens, além do vencimento básico, podem integrar a “composição da contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação”, sem que, com isso, se esteja mitigando a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional.

A conjugação dessas conclusões ainda não soluciona, efetivamente, a questão em torno da interpretação que se deva aplicar, com segurança jurídica, à expressão “piso salarial” adotada pela Lei 11.738/2007. Ao revés, considerando as questões apresentadas nas ações judiciais ainda propostas nos dias atuais – cerca de 14 (quatorze) anos após a edição da referida lei –, tendo por objeto o cumprimento do piso nacional do magistério público, parece que os julgados do Supremo Tribunal Federal terminaram por incentivar, tanto os servidores, como os entes federados, a sustentar em juízo as suas teses contrapostas: de um lado, professores continuam defendendo que o piso deve ser aplicado exclusivamente no valor do vencimento básico; do outro, a Administração Pública sustentando a existência de vantagens, dentro das peculiaridades de cada regime remuneratório, que integram a contraprestação mínima pecuniária do professor e cujo valor, portanto, deve ser combinado ao do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do piso salarial nacional.

A título ilustrativo, veja-se a situação do Estado da Bahia. Tal como em diversos outros entes federados, a questão acerca do cumprimento do piso salarial nacional para o magistério público do ensino básico foi objeto de ação judicial.

No caso, a Associação dos Funcionários Públicos do Estado da Bahia – AFPEB impetrou o mandado de segurança coletivo nº 8016794-81.2019.8.05.0000, já transitado em julgado, em que o Estado da Bahia foi condenado a assegurar o direito dos profissionais do magistério público estadual ativos e dos inativos e pensionistas que façam jus à paridade vencimental, nos termos da Emenda Constitucional nº 41/2003, à percepção da verba Vencimento/Subsídio no valor do Piso Nacional do Magistério, proporcional à jornada de trabalho, definido a cada ano pelo Ministério da Educação, em atendimento ao quanto prescrito na Lei Federal nº 11.738/2008, bem como ao pagamento das diferenças

remuneratórias devidas a partir da impetração, com os devidos reflexos em todas as parcelas que têm o vencimento/subsídio como base de cálculo.

Com base no título executivo formado, os servidores contemplados pelo mesmo vêm deflagrando execuções individuais de obrigação de fazer e de pagar, e é justamente nessa fase, em que se está discutindo os parâmetros para cumprimento do julgado, que se evidenciam as lacunas deixadas pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4.167, à expressão “piso salarial” adotado pela Lei 11.738/2008, a qual o julgado do Tribunal de Justiça da Bahia cingiu-se a reproduzir.

Isso porque, dentro das estruturas remuneratórias dos integrantes da carreira de magistério do Estado da Bahia, há vantagens que, por suas naturezas, podem e devem ser aplicadas conjuntamente com o vencimento básico, para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, sem comprometer a política de incentivo pretendida com a fixação do piso nacional.

Para demonstrar quais seriam essas vantagens e a suas naturezas vencimentais, faz-se necessário primeiramente ilustrar os diferentes regimes jurídicos atualmente aplicados ao magistério público da Bahia, de forma sucinta, apenas naquilo que interessa ao presente trabalho.

Historicamente, o plano de carreira e vencimentos do magistério público do ensino fundamental e médio do Estado da Bahia, integrado pelos cargos de provimento efetivo de Professor e Coordenador Pedagógico, estabelecia o pagamento através de remuneração, composta, pois, de vencimento básico e de vantagens pecuniárias de naturezas diversas.

Ao longo dos anos, foram implementadas diversas reestruturações na carreira, valendo aqui destacar duas delas. A primeira se deu com a Lei Estadual nº8.480/2002, que alterou a estruturação da carreira para 04 níveis, de acordo com a titulação (1 - Ensino médio específico completo; 2 - Licenciatura de curta duração; 3 - Licenciatura plena e 4 - Licenciatura plena com Especialização), cada qual compreendendo 06 classes (A a F), a serem galgadas através de promoção.

A norma em comento estabeleceu, ainda, em seu artigo 7º, que os então ocupantes dos cargos de provimento efetivo de Professor e Coordenador Pedagógico seriam enquadrados na classe A do nível correspondente ao cargo ocupado. Com fulcro no referido dispositivo, os servidores que se encontravam inativos na ocasião foram enquadrados na classe A do nível correspondente, sem que sofressem qualquer decréscimo remuneratório, portanto, em total observância do princípio da irredutibilidade de vencimentos contido no artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal.

A despeito disso, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado da Bahia – APLB ajuizou ação coletiva, alegando violação à regra constitucional da paridade, e ainda a da irredutibilidade, por entender que os inativos foram enquadrados em nova classe inferior àquelas em que se aposentaram. A ação foi julgada procedente, determinando-se que o Estado da Bahia enquadrasse os servidores inativos com observância dos mesmos critérios utilizados para os servidores em atividade, bastando especificar aqui que o título garantiu aos mesmos o reenquadramento para algumas classes acima (muitos deles na classe E), e, portanto, que passassem a receber a parcela de vencimento, incorporada aos proventos, no valor fixado para a nova classe aferida, obviamente superior ao que vinham recebendo.

Em razão do impacto orçamentário que seria acarretado pelo cumprimento imediato do referido julgado, bem como pelas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estado da Bahia e a Entidade Sindical – APLB firmaram acordo, em 18/11/2019, devidamente homologado pelo juízo, estabelecendo o cumprimento parcelado da obrigação de fazer, através de aporte de valores anuais, com rateio uniforme entre os aderentes, de maneira que, a cada ano, a parcela referente ao enquadramento deve aumentar, até alcançar o valor da diferença devida para cada um deles.

Vale destacar que a avença contemplou os substituídos que outorgaram procuração ao Sindicato Autor, mas também autorizou que outros servidores beneficiários do título aderissem à mesma, através de termo individual de adesão. Porém, há servidores que optaram por não aderir ao acordo, promovendo ou persistindo na execução judicial do título.

Fato é que, nos contracheques de milhares de professores inativos do Estado da Bahia, consta rubrica referente ao cumprimento do julgado em questão, quer seja decorrente da adesão ao acordo, quer seja decorrente da execução do título, rubrica esta que equivale à diferença, ou parte dela, no caso do acordo, entre o vencimento incorporado aos proventos pelo servidor e aquele fixado para a classe superior decorrente do reenquadramento. A parcela em questão, portanto, tem claramente natureza vencimental.

A segunda reestruturação da carreira do magistério baiano a ser destacada é aquela implementada pela Lei Estadual nº 12.578, de 26 de abril de 2012, através da qual os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo da carreira de professor com titulação em ensino médio específico completo ou licenciatura de curta duração e de professor não licenciado, do Poder Executivo Estadual, passaram a compor quadro especial, nos termos do artigo 1º da referida lei, e passaram a ser remunerados por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio e verba de representação ou outra espécie remuneratória.

A partir de então, e até a presente data, passaram a coexistir dois regimes jurídicos para a carreira de magistério no Estado da Bahia, uma parte da categoria permaneceu recebendo remuneração composta de vencimento básico e vantagens pecuniárias, e outra parte passou a ser remunerada por subsídios, regime previsto no artigo 39, §4º da Constituição Federal.

A Lei Estadual em análise tratou de disciplinar as regras para transformação de um regime em outro, de forma a adaptar a composição das remunerações então pagas aos servidores ao regramento constitucional de pagamento por subsídios, sem se afastar do princípio da irredutibilidade de vencimentos, valendo aqui transcrever os seguintes artigos:

Art.3º - No valor do subsídio de que trata esta Lei, estão incorporadas todas as parcelas remuneratórias percebidas pelo servidor em 31 de dezembro de 2011, já acrescidas do reajuste previsto no art. 19 da Lei nº 12.567, de 08 de março de 2012, observada a respectiva carga horária, conforme o Anexo I desta Lei.

(...)

Art. 4º - A remuneração por subsídio não exclui a percepção de vantagens de natureza indenizatória e das verbas a seguir:

I - gratificação natalina;

II - adicional de férias;

III - abono pecuniário previsto no art. 95 da Lei nº 6.677, de 26 de setembro de 1994;

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional noturno;

VI - retribuição pela prestação de aulas extraordinárias nos termos do art. 44 da Lei nº 8.261, de 29 de maio de 2002;

VII - abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

VIII - retribuição pelo exercício de cargo de provimento temporário;

IX - auxílio-natalidade;

X - salário-família.

Art. 5º - Nos casos em que o somatório do vencimento básico e das vantagens remuneratórias percebidas em 31 de dezembro de 2011, já acrescidas do reajuste previsto no art. 19 da Lei nº 12.567, de 08 de março de 2012, for superior ao valor do subsídio fixado no Anexo I desta Lei, fica assegurada aos servidores ativos, aos inativos e aos pensionistas, a percepção da diferença como vantagem nominal identificada, reajustável unicamente na forma do disposto no inciso X do art. 37 da Constituição Federal.

Extraem-se, pois, as seguintes premissas da norma em questão: 1) devem ser incorporadas todas as parcelas de cunho remuneratório no valor dos subsídios, justamente porque o regime de parcela única é incompatível com a percepção de outras verbas remuneratórias de natureza mensal; 2) há verbas e vantagens cujas percepções serão mantidas, porque compatíveis com a remuneração por subsídio; e 3) se, da soma de todas as parcelas que devem passar a integrar a parcela única, resultar valor superior ao subsídio fixado no Anexo I da mesma lei, será assegurado o pagamento de vantagem nominal identificada, com valor equivalente à diferença entre a referida soma e o novo subsídio, tudo com vistas a respeitar a irredutibilidade salarial.

Fixadas tais premissas, infere-se com clareza a sistemática legal para alcance da nova composição remuneratória de cada servidor que passou a integrar o quadro especial instituído pela Lei Estadual nº 12.578/12 e ser remunerado através de subsídio. O primeiro passo tratou de identificar todas as parcelas constantes do contracheque que deviam, juntamente com o vencimento básico, integrar o subsídio, para, somando-se todas elas, alcançar o valor que, hipoteticamente, deveria ser pago a título de subsídio. Nesse processo, transmudou-se a natureza jurídica dessas vantagens, justamente por não poderem coexistir com o novel regime, adquirindo todas elas a mesma natureza de parcela única.

Feito isso, comparou-se o valor apurado - específico para cada servidor - àquele fixado na norma como subsídio, de forma que, se, e apenas se, o primeiro foi superior ao segundo, a nova remuneração passou a ser composta de subsídio acrescido de vantagem nominal identificada, em valor correspondente à diferença apurada.

Portanto, a vantagem prevista no art.5º da Lei Estadual nº12.578/12 tem natureza de subsídio, e só existe na hipótese em que o valor do subsídio fixado em lei não suplantou o total da remuneração anteriormente paga ao servidor, tanto assim que ela é considerada

como base de cálculo para 13º salário, férias e outras vantagens incidentes sobre o subsídio.

Nesse aspecto, a reforçar a natureza de subsídio da vantagem pessoal instituída pela Lei Estadual nº12.578/12, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Político Democratas - DEM, tombada sob nº0306642-81.2012.805.0000, declarou a constitucionalidade da citada lei de subsídio estadual, afastando o pleito de manutenção do Adicional por Tempo de Serviço, sob o fundamento de que "(...) a garantia à percepção da aludida verba é incompatível com o sistema de remuneração através de subsídio (...)" e que "(...) a própria lei impugnada cuidou de preservar o valor nominal do somatório das parcelas atualmente percebidas pelos servidores por ela afetados (...)", e que, portanto, restou preservada a irredutibilidade vencimental.

Tal como o Adicional de tempo de serviço, todas as demais vantagens que foram incluídas no cálculo do valor hipotético do subsídio são incompatíveis com esse regime, daí porque perderam suas naturezas originárias, seus regramentos legais, passando a ter natureza de subsídio e sendo tratado como tal, ainda que sob a rubrica de vantagem nominalmente identificada, na parte que excedeu o valor legal do subsídio.

Visto que a vantagem do art.5º da Lei Estadual nº12.578/12 possui natureza de subsídio, e tendo sobrevivido uma determinação judicial para que o subsídio pago pelo Estado da Bahia observe o piso nacional do magistério, resta claro que tal vantagem deve ser levada em consideração para fins de aferição de cumprimento desse valor mínimo.

Perceba-se que, se nenhum servidor recebesse remuneração superior ao subsídio fixados quando da edição da predita lei, todos eles passariam a receber apenas o subsídio, ou seja, todas aquelas parcelas anteriores constariam dentro da parcela única, e seriam, pois, consideradas, para fins de cumprimento do piso. Então, não há fundamento para excluí-las apenas porque, em razão do valor legal do subsídio, uma parte foi fixada em apartado, sob a forma de vantagem.

O mesmo se opera quanto à parcela concedida judicialmente a título de enquadramento dos integrantes da carreira de magistério, como já destacado supra. As rubricas decorrentes de cumprimento da ordem judicial (VP LEI 12578/12 JUDICIAL) ou do acordo (ENQUAD.DEC.JUDICIAL) são diferenças de vencimento, portanto, devem ser consideradas no cálculo da diferença devida para atender a uma nova ordem judicial, que, desta feita, determinou que o vencimento/subsídio pago pelo Estado da Bahia atenda ao piso nacional fixado para o magistério previsto no artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008.

O Estado da Bahia vem defendendo, pois, no bojo das ações judiciais que tratam da matéria, que essas duas parcelas, a vantagem do art.5º da Lei Estadual nº12.578/12 e aquela paga em cumprimento da decisão judicial sobre enquadramento, ambas com natureza vencimental, devem ser consideradas para fins de aferição do cumprimento do piso nacional de magistério, na esteira dos novos julgamentos realizados pelo STF, em torno da interpretação do referido termo como contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação.

Ocorre que o Tribunal de Justiça da Bahia não tem acolhido tal entendimento, afastando a natureza de verba complementar de subsídio da VPNI criada pela Lei nº 12.578/2012, razão pela qual não serviria como base para aplicação do piso nacional do magistério (Processo nº8026911-63.2021.8.05.0000), e reafirmando sistematicamente que o piso deveria parametrizar o vencimento/subsídio e não a remuneração/valor global percebida pelo professor (Mandado de Segurança nº8034617-34.2020.8.05.0000), sem enfrentar que, entre um e outro, há uma grande lacuna a ser colmatada.

O fato de o Tribunal local estar rechaçando o cabimento do cômputo de outras parcelas para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, arraigado à interpretação da expressão “piso salarial” como sinônimo de vencimento básico/subsídio – o que, como já demonstrado, o próprio STF relativizou – só reafirma a necessidade de fixação de tese complementar àquela fixada no julgamento da ADI 4.167.

6. VIABILIDADE JURÍDICA DE FIXAÇÃO DE TESES COMPLEMENTARES ÀS FIRMADAS NA ADI 4.167 ATRAVÉS DE OUTRO MECANISMO DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES QUALIFICADOS NOS ÂMBITOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS.

Compreendendo que as teses fixadas até o momento pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes obrigatórios relacionados à interpretação da expressão “piso salarial” adotada pela Lei Federal nº 11.738/2008 – especialmente no julgamento da ADI 4.167 – ainda não se mostram suficientes à uniformização da jurisprudência, há que se identificar instrumentos processuais com aptidão para resolver, com clareza e segurança jurídica para todos os envolvidos, os milhares de litígios judiciais já em curso e que ainda estão por se instalar sobre tal questão.

De logo, parece inafastável a utilização de mecanismos próprios da formação de precedentes vinculantes e, mais especificamente, dentre aqueles que compõem o microsistema de resolução de demandas repetitivas instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, a saber, os recursos extraordinário e especial repetitivos (artigos 1.036 e seguintes) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigos 976 e seguintes).

Afinal, tais mecanismos, para além de solucionar questões que se repetem em múltiplos processos judiciais, possuem regras e atributos que proporcionam um cenário

mais adequado à formação dos precedentes, a exemplo de suspensão do curso de todos os processos que versam sobre a mesma questão, a ampla participação dos interessados e debates mais qualificados.

Outrossim, formado o precedente, a aplicação da tese jurídica fixada permite, não apenas a sua incorporação às decisões a serem prolatadas nos inúmeros processos correlacionados, como também a aceleração dos procedimentos³¹⁹, estimulando, ainda, o não ajuizamento de novas ações e a desistência de ações não sentenciadas (CPC, art. 1.040, §§1º, 2º e 3º).

A questão em torno da definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica guarda, todavia, uma particularidade já destacada nos capítulos anteriores deste trabalho: a necessidade de se considerar as peculiaridades dos diversos regimes remuneratórios aplicados pelos entes federados aos profissionais de educação.

Diante disso, reputa-se ser, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o mecanismo mais adequado para Estados, o Distrito Federal e os Municípios obterem soluções definitivas e seguras para as demandas judiciais que questionam o cumprimento do piso nacional dos professores.

Com efeito, a questão acerca da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” para fins de aferição do cumprimento do art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.738/2008 atende a todos os requisitos do artigo 976 do CPC: ela é unicamente de direito, existe efetiva repetição de processos judiciais que contém controvérsia sobre ela e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é manifesto.

Ademais, por ser incidente de competência dos Tribunais de Justiça estaduais, possibilita o necessário exame da legislação local, sua natureza e eficácia de seus dispositivos – situação que poderia encontrar óbice nos enunciados das Súmulas 280320 e 282321 do STF para o conhecimento de recursos extremos –, sem olvidar, por óbvio, da conformidade desta com política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional pela Lei Federal nº 11.738/2008 e da compatibilidade com a Constituição Federal.

³¹⁹ Dado que a aplicação de um precedente qualificado permite a improcedência liminar do pedido (CPC, art. 332), o julgamento monocrático pelo Relator (CPC, art. 932, IV e V), a tutela de evidência (CPC, art. 311, II) e a dispensa de remessa necessária (CPC, art. 496, §4º).

³²⁰ Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

³²¹ Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Nesse aspecto, cumpre destacar que, uma vez fixada e aplicada a tese no julgamento do mérito do incidente, os recursos especial e extraordinário cabíveis são dotados de efeito suspensivo, repercussão geral presumida e, uma vez apreciado o mérito do recurso, “a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”, tudo conforme expressamente dispõe o art. 987 do CPC.

Tais atributos especiais possibilitam, portanto, que as teses fixadas por determinado Tribunal de Justiça a partir de IRDR suscitado por um único Estado ou Município alcancem, desde que verificada a identidade da questão, demandas judiciais propostas contra outros entes federados, ainda que tramitem perante tribunal diverso.

Evidentemente que todos os conflitos judiciais em curso no país não se resolveriam a partir do julgamento de um único IRDR, até mesmo diante da multiplicidade de regimes remuneratórios adotados pelas Administrações Públicas estaduais e municipais.

Há de se considerar, todavia, que, nos termos do art. 979 do CPC: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Isso reforça a importância e possibilita a efetivação da providência disposta no §3º do art. 982 do CPC, segundo o qual: “Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”, podendo a parte do processo em que se discuta a questão requerer tal suspensão “independentemente dos limites da competência territorial” (CPC, art. 982, §4º).

Acrescente-se o papel relevante que organizações já existentes, a exemplo do Colégio Nacional de Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e do Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das PGES e PGDF (FONACE), podem desempenhar no compartilhamento de informações e construção colaborativa de teses, de modo a otimizar a uso de IRDR para a definição de parâmetros únicos e claros para a aferição do cumprimento do piso estabelecido pela Lei 11.738/2008.

Parece, portanto, ser de todo recomendável aos Estados, Municípios e Distrito Federal a realização de estudos e esforços para a suscitação estratégica de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) em processos que tramitem nos tribunais de justiça locais nos quais se discutam questões jurídicas acerca da interpretação da expressão “piso salarial” adotado pela Lei 11.738/2008 e da aplicação dela em face dos regimes remuneratórios dos servidores do magistérios público da educação básica.

As teses a serem fixadas devem definir critérios suficientes à identificação de outras vantagens integrantes do regime jurídico remuneratório do servidor cujos valores devem ser conjugados com os do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do piso nacional instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, em complemento à tese firmada pelo STF no julgamento da ADI. 4.167.

6.1. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA NA UTILIZAÇÃO DE IRDR PARA COMPLEMENTAR TESE FIRMADA PELO STF

Deve-se ressaltar que a propositura de IRDR voltado à fixação de tese complementar a outra firmada pelo STF já foi utilizada pelo Estado da Bahia em questão jurídica diversa, porém também relacionada à remuneração de servidores públicos e que se repetia em praticamente todo o território nacional.

De fato, após o ajuizamento de milhares de ações judiciais que visaram à recomposição remuneratória por perdas decorrentes da conversão da moeda nacional, de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor (URV) em março de 1994, o STF buscou uniformizar a jurisprudência através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 561836/RN sob a sistemática da repercussão geral.

Naquele julgado, cujo acórdão foi publicado em 10/02/2014, restou fixada a tese de que “O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República.”

E, embora declarando que “o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes”, o STF, no julgamento do mesmo recurso representativo da controvérsia, expressamente decidiu que “O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público.”

O que parecia que pacificaria os litígios entre servidores e Administrações Públicas nesse particular, terminou, em verdade, potencializando os conflitos. Enquanto os entes federativos compreenderam que o reconhecimento, pelo STF, de um marco temporal de

incorporação das perdas remuneratórias implicaria na inexistência de direito a qualquer incorporação após o transcurso de mais de 20 (vinte) anos da questionada conversão monetária e diversos aumentos e reestruturações remuneratórias das carreiras, os servidores passaram a acreditar que a Corte Suprema teria, enfim, reconhecido o direito por eles reivindicado há anos.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia observou que, após a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 561836/RN pelo STF, não apenas aumentou o número de processos que visavam a recomposição da remuneração pelas perdas com a conversão monetária em URV, como também os Órgãos Judiciais passaram a proferir decisões de mérito conflitantes entre si.

Diante desse cenário, em 14/06/2016 o Estado da Bahia suscitou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) de nº 0011517-31.2016.8.05.0000, com o exposto propósito de fixação de tese jurídica complementar, para ser adotada uniformemente na aplicação da norma extraída do precedente formado no STF no julgamento do RE 561836/RN, especificamente quanto ao término da incorporação do percentual reconhecido judicialmente em favor de servidores e pensionistas daquele Estado.

O referido IRDR foi admitido à unanimidade pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia (**Tema 6**) e, ao final, foi julgado procedente em 12/04/2019, com a fixação da seguintes tese: "As Leis Estaduais n. 7.145/1997, n. 7.622/2000 e n. 8.889/2003 implicaram na reestruturação das carreiras da Polícia Militar do Estado da Bahia e dos servidores públicos civis e militares da administração direta, das autarquias e fundações, figurando como marco temporal para aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo estadual, ativos inativos"³²².

No acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico em 16/04/2019, o Tribunal de Justiça da Bahia especificou os aspectos objetivos que caracterizavam as referidas leis como reestruturantes, apontando as razões pelas quais deveriam funcionar como o marco temporal a que se referiu o STF na tese firmada no julgamento do RE 561836/RN. Essa complementação, pelo TJBA, da tese fixada pelo STF permitiu a todos os envolvidos uma mesma compreensão acerca da jurisprudência sobre a questão.

Retornando ao objeto deste trabalho, conclui-se que as teses firmadas pelo STF no julgamento da ADI 4.167 acerca da interpretação da expressão "piso salarial" contida na Lei Federal nº 11.738/2008 demandam, igualmente, uma complementação por outras teses a

³²² Conforme banco eletrônico de dados disponibilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em <https://www2.tjba.jus.br/nurer/temaIRDR/consultar> . Acessado em 16 de junho de 2022.

serem fixadas por tribunais locais em IRDR, com a possibilidade de extensão nacional dos seus efeitos³²³, pelas quais se definam critérios suficientes à identificação de vantagens remuneratórias do servidor cujos valores não de ser considerados juntamente com os do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei do Piso.

7.CONCLUSÕES.

A partir do quanto exposto e analisado neste trabalho, propõem-se as seguintes conclusões:

- 1) A Lei Federal nº 11.738/2008, ao instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, ignorou as realidades orçamentárias, econômicas e sociais dos Estados, Distrito Federal e Município e as peculiaridades dos regimes remuneratórios aplicados por estes aos seus professores.
- 2) As teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167 são insuficientes à pacificação judicial acerca da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” e, pois, do cumprimento, pelas Administrações Públicas, do art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.738/2008.
- 3) Embora insuficientes, a partir dos julgamentos já concluídos pelo STF é possível se extraírem algumas premissas:
 - a) o valor global da remuneração do servidor do magistério público do ensino básico não é o parâmetro a ser observado na aplicação do piso salarial nacional;
 - b) o valor do vencimento básico inicial da carreira dos professores pode não ser o único parâmetro a ser considerado no cumprimento da Lei do Piso;
 - c) outras vantagens, além do vencimento básico, podem integrar a composição da contraprestação pecuniária mínima paga aos professores, sem que, com isso, se esteja mitigando a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional;
- 4) Ainda são necessárias, contudo, teses complementares às fixadas pelos tribunais superiores para a definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008;

³²³ Conforme previsto nos artigos 982, §§3º e 4º, e 987, §2º, ambos do CPC.

5) É juridicamente viável a proposição, para tanto, de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, para que os Tribunais de Justiça locais possam, em face das peculiaridades dos regimes remuneratórios do magistério público de cada Estado, definir quais vantagens, ou características determinantes destas, devem ser combinadas com o vencimento básico para o fim de aferição do cumprimento da Lei do Piso.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Lei Estadual: 12.578, de 26 de abril de 2012. Disponível em:

<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12578-de-26-de-abril-de-2012>.

Acesso em: 17 de junho de 2022.

BAHIA. Lei Estadual: 8.480, de 24 de outubro de 2002. Disponível em:

<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-8480-de-24-de-outubro-de-2002>.

Acesso em: 17 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0306642-81.2012.805.0000, Rel. Desa. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2013, DPJ 17/06/2013. Disponível em:

[http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=6EBC6662A9D9076FA32F8A493C009B18.cposg3?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&nu](http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=6EBC6662A9D9076FA32F8A493C009B18.cposg3?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0306642-)

[81.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0306642-](http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=6EBC6662A9D9076FA32F8A493C009B18.cposg3?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0306642-81.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0306642-)

[81.2012.8.05.0000&dePesquisa=](http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=6EBC6662A9D9076FA32F8A493C009B18.cposg3?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0306642-81.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0306642-81.2012.8.05.0000&dePesquisa=). Acesso em: 19 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mandado de Segurança coletivo nº 8016794-81.2019.8.05.0000, Rel. Desa. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, Seção Cível de Direito Público, julgado em 27/02/2020, DJe 10/03/2020. Disponível em:

<https://pje2g.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=c28158b432593e1ad0db373db19d6435619ad109447b4399f3b690e5915e0c82d9fd3ef4015fd98aa31c126a8b06d2642f09f90d65a6854c>. Acesso em: 19

de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mandado de Segurança nº 8034617-34.2020.8.05.0000, Rel. Desa. Maria de Fatima Silva Carvalho, Seção Cível de Direito Público, julgado em 08/09/2021, DJe 18/09/2021. Disponível em:

<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/95e6b619-b412-3a7b-b530-17527e11216d>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Processo nº 8026911-63.2021.8.05.0000, Rel. Des. Manuel Carneiro Bahia de Araujo, Seção Cível de Direito Público, julgado em

19/05/2022, DJe 20/05/2022. Disponível em:
<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/1ad02e30-55cf-37d1-bd42-80e6dbe71556>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Banco eletrônico de dados do NUGEPNAC. Disponível em <https://www2.tjba.jus.br/nurer/temaIRDR/consultar>. Acesso em: 16 de junho de 2022

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. IRDR nº 0011517-31.2016.8.05.0000. Rel. Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, Seção Cível de Direito Público, julgado em 11/04/2019, DJe 16/04/2019. Disponível em:
<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0011517-31.2016.8.05.0000&cdProcesso=P00305LB80000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvCvOwPdFlfst9zo7GIkINhL86jO2mZJyaDqzjcEyeIyCg%2FD0srY%2F73wmrzzrGjyW9w6JJMwQmJeSRsT8MmC8toFehrCiWNb%2BaPoJmw0ycG6CUp0e%2BPIQjW83yOIEaZLGRiG14WmsqVF4JcnG55LIM4t>. Acesso em: 19 de junho de 2022.

BRASIL, Emenda Constitucional: 53, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Federal: 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em: 14 de junho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional: 41, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Lei Federal: 11.709, de 19 de junho de 2008. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11709.htm. Acesso em: 12 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1426210, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304167976&dt_publicacao=01/09/2017. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1559965, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 21/06/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502571560&dt_publicacao=21/06/2017. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe 24/08/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=4167&classe=ADI>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no RE 1362851, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/04/2022, DJe 28/04/2022. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350886150&ext=.pdf>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 561836, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2013, DJe 10/02/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5245813>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SS 5236 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/06/2018, DJe 21/06/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650218&ext=.pdf>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 280. Aprovação em 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula280/false>. Acesso em 19/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282. Aprovação em 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula282/false>. Acesso em 19/06/2022.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

DANIELA ANDRADE SANTOS: Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa. Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo, a elaboração de uma análise crítica e construtiva a respeito da Responsabilidade da Pessoa Jurídica, buscando vislumbrar a efetividade e a aplicabilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais no Brasil. O trabalho cuida de fazer um breve estudo a respeito da responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, levando-se em conta que todo mal que se cause a bem de terceiros deve ser reparado em conformidade com a Lei. Por assim ser, e sendo o meio ambiente um bem coletivo, o indivíduo que lhe causar dano deverá reparar dentro das proporções do ato e dos prejuízos causados.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; responsabilidade penal; constituição; direito ambiental; criminalidade.

1. INTRODUÇÃO

Partindo de uma análise crítica o autor Rodrigo Tennaco aborda os aspectos históricos, doutrinários e legislativos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apresentando, ainda, os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua inserção no sistema pena brasileiro. Apresenta, também, considerações acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal.

A possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito no campo penal tem sustentado, ao longo de todo o século XX e início do século XXI, inúmeros debates, basicamente, com correntes em formação de debate a respeito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O autor Rodrigo Tennaco, desenvolve sua obra falando nos países filiados ao sistema romano-germânico, vige o princípio *societas delinquere non potest*, segundo o

qual, é inadmissível a punibilidade penal dos entes coletivos, aplicando-se lhes somente a punibilidade administrativa ou civil.

De outro lado, nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências, vige o princípio da common law, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Deve ser ressaltado que esta segunda orientação começa a conquistar espaço entre os países que adotam o sistema romano-germânico. O Estado passou a ser mais intervencionista, regulando a produção e distribuição de vários produtos e serviços.

Nestas sucintas anotações, abordaremos as teorias sobre a natureza jurídica das pessoas coletivas, a previsão da Constituição de 1988 sobre a responsabilidade penal do ente coletivo, bem como a validade e efetividade da Lei nº. 9.605/98.

Conclui pela impossibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica sem uma prévia adaptação e transformação do sistema.

2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO MEIO AMBIENTE.

O presente trabalho visa analisar a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, em virtude dos crimes econômicos e ambientais que se proliferam em nossa sociedade, indagando-se a consequência que o mundo está passando.

De acordo com o Código Civil nos termos dos arts. 927 a 954, e demais leis, bem como jurisprudências, é obrigação do agente causador de dano reparar o que causou a outro. Tal determinação abrange todos os danos causados à pessoa física ou jurídica em sua integridade física e seu patrimônio. Os danos podem ser pessoais, morais e materiais. Em relação ao meio ambiente a responsabilidade civil carece ainda de um amadurecimento, por se tratar de uma matéria considerada nova.

O artigo 225 da CF/88, demonstra a preocupação que teve o constituinte em elaborar normas impondo o direito a todos de ter um meio ambiente equilibrado, visando uma sadia qualidade de vida, tanto para o presente como para as futuras gerações, encontramos também, essa determinação, no artigo 170 da Carta Magna.

Percebe-se aí um pacto de responsabilidade que deverá existir entre as gerações que devem assumir o compromisso de usar os recursos ambientais sem deixar que se esgotem e para isso é necessário adotar modos de utilização no sentido de não causar danos irreparáveis e sempre que a utilização sem dano seja impossível, que tais danos sejam minimizados ao máximo.

Em relação aos crimes ambientais, podemos considerar que, toda a conduta humana de ação ou omissão, dolosa ou culposa que infringe norma legal. No Brasil, o problema maior enfrentado pela sociedade é a impunidade, que acaba protegendo os

infratores e causando de desamparo na proteção do indivíduo, os crimes de desmatamento e de extração ilegal de madeira e minérios ficam impunes, deixando de lado o bem mundial que é o meio ambiente.

O Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (IMAZON) relata que 14% dos criminosos ambientais tem chance de sofrer punição e essa punição muitas vezes transformada em cesta básica, deixando o criminoso na mesma forma ilegal de agir, uma vez que para ele vale a pena correr o risco de pagar tão pouco pela possibilidade de um lucro vantajoso. Por outro lado, há ainda a corrupção. Não são raros os casos em que as empresas ou indivíduo conseguem licença para um empreendimento mediante pagamento de propina aos agentes dos órgãos ambientais que são responsáveis pela fiscalização e liberação dessas licenças.

As penas impostas às pessoas jurídicas, por danos ambientais, são encontradas nos artigos 2198 a 2499 da Lei 9605/98, podemos observar que raros são os casos de penas restritivas de liberdade em se tratando de crimes ambientais, assim as sanções para as pessoas jurídicas se restringem a multa a pena restritiva de direitos ou prestação de serviços à coletividade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A aceitação da possibilidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa natural não impõe qualquer dificuldade, desde que observados os requisitos legais impostos pelo ordenamento jurídico. Sabe-se que o crime é fato típico, antijurídico e culpável. Tal conceito comporta perfeitamente a possibilidade de ser o delito praticado por um ser humano à medida que este é dotado de vontade, consciência, capacidade de agir, sendo responsabilizado penalmente.

A lei 9.605/98 ressalta a responsabilidade, que se refere às consequências da conduta, sendo a obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime. Procura-se tornar alguém obrigado a ressarcir o dano ou a sofrer determinada pena, por motivo daquele efeito a que deu causa. Se todos os delitos praticados fossem reparados penalmente, talvez a criminalidade ambiental, social diminuiria 60%, ajudando o governo a investir em outros recursos e não gastando mais do da metade dos nossos impostos com a criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LENNACO, Rodrigo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil: Teoria e Prática. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 3ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível www.planalto.gov.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Rec. Especial nº 331.929-SP, Rel. Ministro Felix Fischer. Disponível www.stj.gov.br.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

A CRISE EXISTENCIAL NO MODELO REPRESSIVO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE - UM ESTUDO À LUZ DAS TEORIAS LEGITIMADORAS E DESLEGITIMADORAS DO DIREITO PENAL

RENILDO ARGÔLO NERY: Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).³²⁴

RESUMO: A pena de prisão tem sido alvo de inúmeros questionamentos oriundos da doutrina especializada e da sociedade civil. Partindo desse pressuposto, o presente trabalho científico se encarregou de investigar a problemática que permeia as funções e finalidades da pena privativa de liberdade na seara jurídica contemporânea, em especial no âmbito da Execução Penal. Em que pesem os fundamentos principiológicos das teorias retributiva e preventiva, adotadas conjuntamente pelo Código Penal como legitimadoras da sanção criminal, não é difícil visualizar o descrédito da pena privativa de liberdade para reinserção do condenado na vida em sociedade. Assim, objetivamos ao longo desta atividade elencar uma série de críticas à atual sistemática legislativa, bem como empregar os meios necessários para promover uma releitura crítica da aplicação da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade. Penas restritivas de direito. Teorias legitimadoras e deslegitimadoras do direito penal. Críticas doutrinárias.

1 INTRODUÇÃO

Distante da era de apogeu na seara do discurso jurídico repressivo, a pena de limitação do direito à liberdade vivencia hodiernamente um momento de crise existencial, porque suas funções e finalidades parecem se harmonizar perfeitamente apenas no campo das teorias ministradas nas academias de Direito. Além disso, é imperioso ressaltar que, em razão da “inflação legislativa” vivenciada pelo direito brasileiro nas últimas décadas, nem sempre esta modalidade de sanção penal é prevista para os delitos que exprimem real necessidade, sob a ótica da política criminal. Por conseguinte, a superpopulação carcerária e a deficiência da ação estatal diante do problema tornam inviáveis a execução de projetos pedagógicos que visem a reinserção social do condenado. Desse modo, para muitos indivíduos, o sistema penal representa a perversidade retributiva do Estado em face de um grupo social já marginalizado pela opressão do poder econômico.

Quanto à implementação da prevenção especial, Leonardo Sica³²⁵ expõe o seguinte entendimento:

“A realidade indica que a desintegração social e a destruição dos laços comunitários tornaram-se marcas fortes de um sistema que erigiu a privação de liberdade como resposta principal à criminalidade. A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime”.

Na verdade, é preciso ressaltar preliminarmente que o sistema criminal brasileiro é calcado nos ditames de uma justiça de caráter preventivo e retributivo, a qual atribui à pena as funções de reprovar e prevenir o fato delituoso, além de proporcionar a paulatina reinserção do condenado na sociedade. Entretanto, dado o fato de esta última finalidade raramente ser verificada no âmbito empírico, a pena parece tomar ares de vingança do Estado contra o condenado. Assim, é possível afirmar que a sanção penal contempla, visivelmente, apenas o caráter retributivo acoplado à prevenção geral dos delitos.

Entretanto, é imperioso ressaltar que a Justiça Restaurativa é uma proposta alternativa ao atual modelo sancionatório³²⁶. Conforme discorreremos no curso deste artigo científico, o pensamento restaurativo traz consigo o escopo de aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando for necessário, ou de substituí-la, quando possível e recomendável. Conforme será abordado nos tópicos posteriores, a figura da vítima é resgatada por este novo sistema, bem como a preocupação de reparar os danos decorrentes do crime. Aliás, é necessário ressaltar que a reparação dos danos suportados pela vítima assume a condição de consequência lógica da condenação.

O pensamento restaurativo parte do pressuposto de que a forma como o sistema penal é organizado torna evidente o descrédito na pena de prisão, que representaria uma modalidade de controle social formalizado. Isto porque, implantada sob os ideais da Ilustração oitocentista e desenvolvida à luz do Positivismo científico subsequente, pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua ineficácia na implementação da prevenção especial. Aparentemente, a pena privativa de liberdade funcionaria, no entanto, como eficiente método de controle social, separando os indivíduos estereotipados como “marginais” ou “refratários às regras de conduta” daqueles que se intitulam “cidadãos de bem”.

325 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, fl. 04.

326 SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 51/55.

Em razão da celeuma que circunda esta problematicidade, a elegemos como temática para ser estudada criteriosamente ao longo desta pesquisa. No entanto, em que pese o empreendimento na construção das críticas ao atual modelo aqui expendidas, em sendo o conhecimento um elemento aproximativo, temporário e refutável, não objetivamos esgotar nem analisar exaustivamente a questão. O escopo maior desta atividade é desvendar parâmetros que permitam entender o paradigma penal da atualidade, de modo que seja possível criticar construtivamente o tratamento dispensado à matéria pelo direito penal. O presente estudo é de enorme importância no entendimento desta problematicidade, uma vez que questiona os fundamentos teleológicos do direito de punir, exercido privativamente pelo Estado. Assim, muito longe de expor conclusões definitivas, esta pesquisa almeja descrever os pressupostos gerais que circundam o problema, servindo de base para futuras discussões no âmbito acadêmico.

Para concretização deste desiderato, entendemos ser imprescindível o enfrentamento sistemático de alguns tópicos do saber jurídico. Primeiramente, empreenderemos o estudo da evolução histórica das penas privativas de liberdade, para que seja possível auferir uma síntese dos postulados construídos pelas Escolas Criminais. Em seguida, procederemos à análise das teorias legitimadoras do sistema penal, bem como das principais críticas levantadas contra o atual modelo sancionatório. No final desta atividade, apresentaremos as propostas da Justiça Restaurativa, que se direciona ao resgate da legitimidade do sistema repressivo.

2 FUNDAMENTAÇÃO - A GÊNESE POSITIVISTA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O delito e a respectiva sanção penal acompanham a humanidade desde o surgimento dos primeiros agrupamentos sociais, como assevera o brocardo latino "*ubi societas, ibi ius*". Contudo, a institucionalização da pena privativa de liberdade é um fenômeno relativamente recente na história ocidental e atravessou progressivas reformas. A limitação do direito à liberdade, como modalidade principal de sanção penal, surgiu com o florescimento do capitalismo industrial, representando um marco na humanização do sistema penal, na medida em que reduziu as hipóteses de aplicação da pena de morte. É fruto de um sistema positivista que se propôs a transformar homens delinquentes em operários aptos ao trabalho fabril, assim como as nascentes indústrias convertiam matérias-primas em mercadorias. No entanto, a pena privativa de liberdade é concebida atualmente como um mal necessário, pois guarda, em sua materialidade, paradoxos insolúveis.

A obra “Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão”, de Michel Foucault³²⁷, ao tratar da gênese positivista das penas privativas de liberdade, descreve claramente a forma como o presídio se propunha a remodelar a conduta dos criminosos:

“A modelagem do corpo dá lugar a um conhecimento do indivíduo, o aprendizado das técnicas induz a modos de comportamento e a aquisição de aptidões se mistura com a fixação de relações de poder; formando-se bons agricultores, vigorosos e hábeis. Nesse mesmo trabalho, desde que tecnicamente controlado, fabricam-se indivíduos submissos e constitui-se sobre eles um saber em que se pode confiar. Um duplo efeito dessa técnica disciplinar é exercido sobre os corpos: uma 'alma' a conhecer e uma sujeição a manter”.

É imperioso ressaltar que o Direito Canônico contribuiu significativamente para o surgimento da penitenciária moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a recuperação do delinquente e purgação pela vida indisciplinada. Na Idade Média, a pena tinha a finalidade de induzir o pecador a se arrepender das faltas cometidas perante o ser supremo. Assim, somos conduzidos a inferir que os princípios teóricos que norteiam a prisão moderna foram trasladados do Direito Eclesiástico: o Estado-juiz avocou a atividade sancionatória antes executada pela Igreja; os mosteiros, locais de purgação e arrependimento, converteram-se em penitenciárias; o pecado, por sua vez, passou a ser tipificado como crime.

Durante a Idade Moderna, a miserabilidade econômica se estendeu por toda a Europa, dando ensejo à criminalidade em massa. Assim, por razões de política criminal, a pena de morte não se mostrava como solução mais adequada, propiciando a institucionalização das penas privativas de liberdade. Ressalte-se que há uma íntima relação entre o surgimento e desenvolvimento do capitalismo industrial e o nascimento da sociedade de controle, que tem na pena de prisão seu exemplo máximo, como assevera Michel Foucault. Desse modo, partindo-se de um raciocínio cartesiano lógico, é possível inferir que assim como a fábrica produz mercadorias para atender à demanda mercadológica, a prisão nasceu com a função de recolher criminosos e vadios marginalizados pelo sistema, com o intuito de devolvê-los posteriormente à sociedade como indivíduos capacitados para o trabalho.

327 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. 38ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2010, fl. 280.

Nesse aspecto, anuímos com Juarez Cirino dos Santos³²⁸, que leciona da seguinte maneira:

“A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do poder de punir mediante a privação de liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição: o tempo é o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho jurídico econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado”

A prisão seria um meio adequado para promover a reinserção do delinquente no mercado de trabalho. Nesse contexto de efervescência positivista, de acordo com Michel Foucault, não somente a prisão, mas a fábrica e demais instituições seguiam o modelo de controle, exercido tanto em nível moral quanto no âmbito pedagógico e comportamental. A prisão possuía natureza semelhante às demais instituições sociais, diferenciando-se delas na medida em que sua clientela era constituída por criminosos. Objetivava-se combater a criminalidade e, ao mesmo tempo, capacitar indivíduos para o trabalho, subtraindo, assim, do convívio social, os agentes refratários à ordem jurídica e econômica, de modo a evitar e reincidência e garantir a seguridade pública.

3 AS ESCOLAS CRIMINAIS E AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Superada a análise preliminar, passaremos agora ao estudo das ideias desenvolvidas pelas Escolas Criminais. Ressalte-se que por razões de ordem sistemática, podemos afirmar que a evolução das ideias penais percorreu as seguintes etapas: iniciou-se com a Fase Primitiva, passando depois para a Fase Humanitária (também denominada Clássica) e, finalmente, atingiu a Fase Científica ou Positiva. Passaremos, agora, a descrever sucintamente o postulado de cada uma delas, bem como as influências marcantes na construção da teoria da pena.

A Fase Primitiva do direito penal vai desde os primórdios da humanidade até o Século das Luzes. Caracteriza-se pelo fato de o culpado ora ser punido diretamente pelo ofendido ou por sua família (vingança privada), ora sancionado por meio da ira divina em virtude da reprovação de sua conduta (vingança divina) ou por meio de um poder político institucionalizado (vingança pública). Um exemplo clássico da vingança pública é o Código

³²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 4ª Edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, fl. 455.

de Hamurábi, considerado como uma das legislações mais antigas da humanidade, no qual é possível visualizar a regulamentação da punição fundada numa aceção quase absoluta do princípio da proporcionalidade (*“Olho por olho, dente por dente”*).

A Fase Humanitária ou Clássica (de fins do século XVIII até meados do século XIX) inaugura a concepção de pena como mera retribuição moral e jurídica. Caracteriza-se pela crítica às atrocidades dos castigos corporais e pela humanização das penas, de modo que respeitassem a dignidade da pessoa humana. Esta escola lançou os fundamentos da teoria absoluta ou retributiva, que será examinada nos tópicos a seguir. Destacaram-se na referida fase o Marquês de Beccaria e Francesco Carrara, ambos influenciados pelos ideais libertários introduzidos pelo Iluminismo e pela Revolução Industrial.

Nesse sentido, vejamos o entendimento inserido pelo Marquês de Beccaria³²⁹ no clássico *“Dos Delitos e Das Penas”*, relativo à finalidade do direito de punir e do sistema repressivo:

“Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica. Proposição que pode tornar-se mais geral da seguinte forma: todo o ato de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior liberdade que o soberano garante aos súditos”.

Por fim, na Fase Científica ou Positiva, a aplicação da sanção penal leva em consideração os fatores de ordem sociológica, antropológica e comportamental que motivaram a prática do crime. O postulado basilar desta corrente de pensamento é que nem todo indivíduo é dotado de livre arbítrio. Assim, a sanção penal não é mera retribuição ética, mas um meio de defesa da sociedade, bem como instrumento de recuperação do criminoso. Ressalte-se que a Escola Positiva diferenciou o imputável do inimputável, recomendando a aplicação de sanções penais distintas para cada um deles. Além disso, desenvolveu os fundamentos da prevenção geral e especial, que serão examinados posteriormente. Destacaram-se na referida fase os seguintes juristas: Lombroso, Garófalo e Ferri.

4 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

329 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, fl. 64.

O estudo da evolução histórica do sistema penitenciário brasileiro revela inúmeros episódios de descaso para com as políticas públicas na área penal. Ressalte-se que a primeira menção à pena privativa de liberdade no Brasil foi dada pelas Ordenações Filipinas. Esta pena era aplicada como punição de alguns crimes, como por exemplo, lesões corporais culposas por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos e contrabando de pedras e metais preciosos. A privação temporária da liberdade era uma pena secundarizada, tendo em vista a aplicação da pena de morte e prisão perpétua nos crimes de maior potencial lesivo.

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, inciso XXI, determinou que as prisões fossem seguras, aseadas e arejadas, havendo separação dos condenados conforme a natureza e a gravidade do crime praticado. O Código Criminal de 1830, nos artigos 46 e 47, admitia duas espécies de penas privativas de liberdade: a prisão simples e a prisão com trabalho, variando a duração de ambas conforme a penalidade aplicada, desde a prisão perpétua até a reclusão de alguns dias.

Com o advento do Código Penal republicano (1890), foram estabelecidas novas modalidades de pena: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda do emprego público, com inabilitação para exercer outro e multa (art. 44). As penas infamantes foram vedadas expressamente (art. 45).

Em 1940 foi promulgado o atual Código Penal brasileiro. Era uma legislação eclética, que não assumia compromisso com qualquer das correntes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais. Quatro décadas mais tarde, em 1984, ocorreu a reforma do código em vigor, que alterou substancialmente a Parte Geral, principalmente no que tange à adoção do sistema vicariante (ou binário alternativo), que vedou expressamente a aplicação simultânea de medida de segurança e pena privativa de liberdade. Neste mesmo ano foi promulgada a norma regulamentadora da Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que orienta a aplicação das penas e das medidas de segurança.

Nos últimos anos o modelo de política criminal brasileira foi marcado por uma tendência repressiva, fruto de um clamor popular, talvez ingênuo, em prol da repressão à crescente criminalidade organizada. Nesse aspecto, a ilustre professora Selma Pereira de Santana³³⁰ leciona com precisão:

“É certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável

³³⁰ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fl. 07.

contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado basicamente pela desregulamentação, da desregulação e da desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, através do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado".

Ressalte-se que desde a promulgação da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), houve aumento da pena de alguns delitos, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da Execução Penal. Prova disto é que, originalmente, a Lei 8.072/1990 não admitia progressão de regime, devendo o condenado cumprir a pena integralmente em regime fechado. No entanto, tal restrição foi flexibilizada com a edição da Lei 11.464/2007, que condicionou a progressão de regime ao cumprimento de 40% da pena, se o condenado for primário, ou 60%, se o reconhecido culpado for reincidente (Art. 2º, § 2º, Lei 8.072/1990). Além disso, depois de cumpridos mais de 2/3 da pena em regime fechado, se o apenado não for reincidente específico em crimes hediondos, poderá fazer jus ao livramento condicional (Art. 85, V, do Código Penal). Também, ao menos em tese, é possível a substituição por penas restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos legais.

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei 10.792/03, é outro instituto que se propôs a promover o endurecimento do cumprimento da pena privativa de liberdade. É uma forma de sanção disciplinar que consiste no recolhimento do preso em cela individual, pelo prazo máximo de 360 dias, prorrogável por igual período. Nesse período, o detento tem direito a visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e igual período diário de banho de sol. O Regime Disciplinar Diferenciado não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

O RDD pode ser aplicado somente em três hipóteses: quando o preso comete falta grave equivalente à prática de crime doloso que ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas; quando o condenado coloca em risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou quando houver fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações ou associações criminosas (quadrilha ou bando).

5 AS TEORIAS QUE CERTIFICAM AS FUNÇÕES E FINALIDADES DA PENA

Ao longo desta pesquisa, verificamos que vários são os postulados construídos para legitimar a aplicação da sanção penal. A Teoria Absoluta recebe tal denominação por ver a pena como um fim em si mesmo. Ela se justifica pura e simplesmente pela verificação do fato criminoso, cuja punição se impõe categoricamente. Na verdade, esta ideia de justiça em si mesma não é uma finalidade direta da pena. Sua finalidade principal é a retribuição do mal. Assim, pode-se afirmar que a esta teoria possui caráter idealista, ou seja, não se trata da função da pena e do direito penal como eles são, mas como deveria ser.

Nesse diapasão, Paulo Queiroz³³¹ assinala com sapiência:

“O mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destina, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um 'mal' e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação. Em seu favor, pode se sustentar, ainda, que impede a utilização do condenado em nome de fins preventivos gerais, puramente”.

Kant é um defensor da pena como retribuição. Para ele a aplicação da pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um imperativo categórico. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois as penas são, em um mundo regido por princípios morais, categoricamente necessárias. O pensamento kantiano abomina a ideia de a pena possuir função preventiva. Ela somente é utilizado para pagar um mal que ele mesmo cometeu, mas nunca ser usado para aterrorizar uma sociedade.

Para Hegel, a pena não é usada para fazer justiça. Ele estabeleceu um método dialético em que a pena em suma seria a reafirmação do direito. O crime é a negação do direito, ou seja, o delito fere o ordenamento jurídico. Portanto a pena é a negação do crime, esta seria a negação da negação, e, como a negação da negação resulta na afirmação, conclui-se que a pena é a reafirmação do direito. A pena para Hegel apresenta-se, em conclusão, como condição lógica inerente à existência mesma do direito, que não pode

³³¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do Direito penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, fl. 24.

permanecer sendo direito senão pela negação da vontade particular do delinquente, representada pelo delito, pela vontade geral representada peça lei.

Esta teoria obviamente não é a mais adequada para legitimar a pena. Para começar, a teoria absoluta defende a proteção da sociedade por meio da aplicação da pena como imperativo categórico. O argumento parece ser parcialmente equivocado, tendo em vista a inexistência de hipótese fática em que a pena, *per si*, garantiu a segurança absoluta da sociedade. O fenômeno delituoso não deixa de existir quando a lei pune determinado crime com mais severidade.

Ao contrário da Teoria Absoluta, a Teoria Relativa ou Preventiva não enxerga a pena como uma finalidade em si mesma, mas como instrumento em prol da prevenção e ressocialização do delinquente. Esta teoria é subdividida em Prevenção Geral e Especial. A Teoria da Prevenção Geral explica que a pena tem como fim punir o sujeito para que este sirva de exemplo aos demais, de modo que seja possível o florescimento de valores. Já a Teoria da Prevenção Especial se reporta à figura do delinquente e suas garantias processuais, visando neutralizá-lo após o cometimento do crime para que seja possível promover sua recuperação, de modo que venha minimizar as hipóteses de reincidência.

A Prevenção Geral Negativa tem por objetivo aterrorizar a população para que esta não cometa delitos. É uma teoria que, caso aplicada isoladamente, mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois a intenção de intimidar o povo, punindo um criminoso como verdadeiro “bode expiatório”, é totalmente contrária aos princípios humanitários do Estado Democrático de Direito. Para a teoria da Prevenção Geral Positiva, a pena é um instrumento de estabilização, ou seja, restabelece a ordem social que fora abalada pelo sujeito criminoso. Ademais, a pena é uma espécie de reafirmação do direito, um instrumento de propagação dos valores cultivados pela sociedade.

Assim leciona Paulo Queiroz³³²:

“Em oposição às absolutas, as teorias relativas são marcadamente teorias finalistas, já que veem a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de determinados fins; considerando-a, pois, utilitariamente. Fim da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos, seja em caráter geral, atuando sobre a generalidade dos seus destinatários, seja em caráter especial, dirigida a atuar sobre o ânimo daqueles que já tenham incorrido na prática de crime. No primeiro caso (de prevenção geral), fala-se em prevenção

³³² QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do Direito penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, fls. 35/36.

geral positiva, se se concebe a pena como instrumento de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados pela norma, e de prevenção geral negativa, se se pretende simplesmente desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos”.

As teorias da Prevenção Especial possuem o indivíduo delinquente como objeto. Estas se subdividem em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa. A Prevenção Especial Negativa tem como foco a proteção da sociedade através da neutralização do indivíduo. A Prevenção Especial Positiva consiste na meta de ressocialização do indivíduo. Equipara-se o criminoso a uma pessoa enferma que precisa de tratamento médico. A pena seria uma espécie de cura para este indivíduo enfermo, dominado pela doença do crime.

Paulo Queiroz³³³ ainda assinala que:

“para os teóricos desta corrente, a intervenção penal serve à neutralização dos impulsos criminosos de quem já incidiu na prática de crimes, o delinquente, impedindo-o de praticar novos delitos. Já não se dirige, portanto, à generalidade das pessoas, mas ao infrator da norma em particular. O direito penal pretende, assim, como disse Basileu Garcia, a conversão do criminoso em homem de bem”

Anote-se, por fim, que o Código Penal brasileiro adota expressamente a Teoria Mista ou Unitária, que congrega postulados das teorias absoluta e relativa. Diz o art. 59 do referido diploma que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A teoria unitária converge o pensamento das teorias supramencionadas, aparentemente antagônicas. Assim, a pena é uma retribuição jurídica, mas somente se justifica enquanto necessária à proteção da sociedade.

6 PRINCIPAIS CRÍTICAS RELACIONADAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Muitas são as críticas suscitadas por parte da doutrina e pela sociedade civil acerca das funções e finalidades da pena privativa de liberdade, especialmente pelos adeptos das teorias minimalistas e abolicionistas. A primeira corrente propõe a adoção de um direito penal mínimo, como tática para abolição gradual do sistema penal, ao passo que a segunda

³³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do Direito penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, fls. 56/57.

nega a validade dos pressupostos sobre que se assentam os postulados tradicionais e prega a abolição imediata de todo o aparelho repressivo.

Passemos, então, a analisar as principais críticas expendidas:

Afirmam que o sistema penal operaria à margem da legalidade, violando direitos humanos consagrados pelo próprio sistema jurídico. Representaria, pois, um paradoxo dentro do ordenamento jurídico. Alegam que o cárcere, ao contrário do que diz a Lei de Execução Penal, embruteceriam o indivíduo, impedindo sua inserção no meio social. Os defensores citam a invasão do Carandiru em 1992 como exemplo mais concreto desse panorama.

Outros dizem que o sistema penal seria arbitrariamente seletivo, porque recruta sua clientela dentre os indivíduos mais miseráveis da sociedade, que não dispõem de condições materiais sequer para arcar com honorários advocatícios. Na verdade, os cárceres de toda parte, e do Brasil, de modo especial, parecem ratificar tal constatação.

Por outra parte, os mais radicais também alegam a problemática das cifras ocultas, tendo em vista que, de todos os delitos praticados, poucos chegam a ser sancionados. Há muitos inquéritos que não seguem adiante, muitas denúncias que não são oferecidas e muitas sentenças absolutórias. Argumentam, então, que os poucos condenados seriam “escolhidos” para reafirmar a prevenção geral negativa.

Outro grave problema apontado é que na prática o sistema penal interviria sobre pessoas e não sobre situações, consagrando, indiretamente, a teoria do direito penal do autor sobre o direito penal dos fatos. Alegam que o aparelho repressivo parece estar mais vocacionado a suprimir o delinquentes do convívio social, em detrimento de reabilitá-lo para devolvê-lo recuperado à sociedade. É como se quem transgredisse a norma penal fosse um ser irracional, irrecuperável, que necessita de isolamento para deixar a sociedade protegida. Ressalte-se que a reinserção na sociedade é um processo delicado porque visa reintegrar alguém que a própria sociedade havia excluído anteriormente e, agora, continua estigmatizado, mesmo que a sentença judicial já tenha sido executada. A sociedade vê esta pessoa como alguém que não merece confiança, negando o resgate de sua dignidade.

Alegam, também, que o direito penal seria extremamente consequencialista, tendo em vista que intervém sobre os efeitos e não sobre as causas do problema. Assim, ofereceria uma resposta sintomática e não preventiva. Não solucionaria a querela em sua raiz.

Por fim, além de inúmeras outras críticas levantadas, os extremados chegam a afirmar que o crime seria uma criação legal. Alegam que o sistema penal tem uma concepção falsa de sociedade, porque nega o pluralismo necessário nas sociedades

heterogeneamente formadas e cujos interesses não raro se conflitam. Afirmando que o direito penal, muitas vezes, cria o delito sem que haja necessariamente uma razão ontológica para sancionar determinada conduta.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico é um instrumento de viabilização da convivência humana. A pena é a consequência jurídica principal que decorre da infração penal. Assim, o direito penal é uma espada de duplo fio, pois representa a lesão a um bem jurídico para proteção de outros. Apesar das teorias deslegitimadoras supramencionadas, o sistema penal prevalece por uma série de razões. É imperioso mencionar a natureza instrumental e subsidiária do direito penal, no sentido de que ele não é um fim em si mesmo, mas um meio a serviço dos fins constitucionalmente assinalados. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade é a regra e a privação deste direito constitui uma exceção. O direito penal representa, portanto, a afirmação da liberdade.

7 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E A TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Uma solução viável para as amarguras da pena de prisão é a aplicação das penas restritivas de direitos, que foram introduzidas em nosso ordenamento pela Lei 7.209/1984. Também intituladas “penas alternativas”, visam minimizar a crise instaurada em razão da ineficácia da pena privativa de liberdade, a qual não atende aos ditames da prevenção especial, especialmente a positiva, que consiste em reeducar o condenado para reintegrá-lo à sociedade. O escopo maior das penas alternativas é a redução da reincidência, devendo a prisão ser vista como a última medida aplicável na Execução Penal.

As penas alternativas consistem na restrição ao exercício de direito que não a liberdade. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pelas Leis 9.714/98 e 12.550/2011. São penas substitutivas e autônomas, ou seja, não se aplicam *per se* de imediato, mas apenas em substituição às penas privativas de liberdade, não podendo ser aplicadas cumulativamente com a pena de prisão.

A lei elenca os requisitos exigidos para aplicação da pena restritiva de direitos no artigo 44 do Código Penal. A princípio, a pena aplicada na sentença não pode ser superior a quatro anos e o crime não pode ser cometido com violência ou grave ameaça. Entretanto, em se tratando de crime culposos, aplica-se independentemente da quantidade de pena concreta ou existência de violência ou grave ameaça. Além disso, a reincidência impede a concessão do benefício de substituição por pena alternativa, mas o juiz pode decidir de maneira contrária, se a medida for socialmente recomendável, salvo se o réu for reincidente específico.

Interessante ainda registrar que a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), modificada substancialmente com a edição da Lei 11.464/2007, possibilita tanto a pena alternativa quanto a progressão de regime, desde que cumpridos 40% da pena ou 60%, em se tratando de reincidentes. No caso da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), é vedada apenas a aplicação da pena de cesta básica ou prestação pecuniária.

São estas as penas alternativas conhecidas pelo Direito Penal brasileiro:

A Prestação Pecuniária consiste no pagamento de valor em favor da vítima, seus dependentes ou entidades públicas ou particularidades com destinação social, obedecendo obrigatoriamente a esta ordem de preferência. O valor da condenação varia de um a 360 salários mínimos, de acordo com a capacidade econômica do autor. A lei prevê a possibilidade de reparação do dano através da prestação inominada, caso haja aceitação do beneficiário, o que, para muitos doutrinadores, é inconstitucional, porque representaria uma exceção ao princípio da legalidade (taxatividade) das penas.

A Perda de Bens e Valores se refere ao pagamento de quantia destinada, em regra, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN). O limite é o valor do prejuízo causado ou do proveito obtido com a prática do crime. Não se trata de confisco porque bens e valores obtidos mediante prática de crime não se incorporam ao patrimônio do condenado e, portanto, não podem ser objeto de ato confiscatório.

A Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas consiste na realização de uma hora diária de tarefas gratuitas em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários. Tais tarefas serão designadas pelo magistrado de acordo com a aptidão do condenado. Somente será aplicada se a pena concreta for superior a seis meses e inferior a quatro anos. Em razão da substitutividade, a pena alternativa tem, em regra, a duração do mesmo tempo previsto para o cumprimento pena privativa de liberdade. No entanto, se a prestação de serviço for superior a um ano, a lei permite que o juiz reduza o tempo de cumprimento em até metade, preservada a quantidade de horas a serem prestadas.

A Interdição Temporária de Direitos constitui uma incapacidade temporária para o exercício de determinada atividade, podendo ser proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares. Ressalte-se que a Lei 12.550/2011 inseriu a proibição de inscrever-se em concursos públicos como a mais nova espécie da interdição temporária de direitos, em razão do novo tipo penal insculpido no art. 311-A do Código Penal (fraudes em certames de interesse público).

Por fim, a Limitação de Fim de Semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados aos condenados, durante essa permanência, cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas. A vantagem desta pena alternativa é a permanência do condenado junto à família, ocorrendo o seu afastamento apenas nos dias dedicados ao repouso semanal.

8 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico, constituído por um conjunto integrado de normas e princípios, é um instrumento de viabilização da convivência humana. A pena é a consequência jurídica principal que decorre da infração penal, no entanto, é preciso ressaltar que ao longo da história da humanidade o direito penal tem dado respostas diferenciadas ao problema da criminalidade. Ultimamente, é preciso ressaltar o espírito vingativo da população, que não se conforma com benefícios concedidos ao delinquente. Além disso, a forma sensacionalista como geralmente é comunicada a ocorrência de um crime pela mídia gera na sociedade um sentimento de revolta. Nesse aspecto, toda corrente que prega o garantismo penal é interpretada pela a população como motivadora da impunidade.

Realçando o valor finalístico da prevenção geral, o Marquês de Beccaria³³⁴ assim leciona:

"É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los, e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida".

Assim, diante das teorias legitimadoras e deslegitimadoras do sistema penal retromencionadas, podemos agora passar a tecer algumas considerações. As Teorias Absolutas consideram que a finalidade da pena se esgota na ideia retribuição, pois entendem que esta modalidade de sanção penal deve responder ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do crime. Esta corrente entende que a proteção da sociedade se dá por meio do receio de ser sancionado caso pratique um ato descrito na lei como crime. No entanto, os crimes jamais deixaram de existir quando promulgaram leis penais severas. Prova disso é a verdadeira "inflação legislativa" que atravessa o direito penal pátrio, sem que isto signifique garantia de segurança e paz

³³⁴ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, fl.27.

pública. O maior legado das teorias absolutas é o princípio da retributividade e da proporcionalidade. No entanto, entendemos que a teoria absoluta não pode ser aplicada isoladamente, pura e simplesmente, pois concederia uma função demasiadamente repressora à pena.

As Teorias Relativas ou Preventivas enxergam a pena como instrumento em prol da prevenção e ressocialização do delinquente, subdividindo-se em Prevenção Geral e Especial. A primeira explica que a pena tem como fim punir o sujeito para que este sirva de exemplo aos demais, ao passo que a última se reporta à figura do delinquente, visando neutralizá-lo após o cometimento do crime para que seja possível promover sua recuperação.

As Teorias Preventivas, caso aplicadas isoladamente, também se mostram extremamente falhas. Entendemos que a Prevenção Geral Negativa, caso aplicada sem temperamentos, mostrar-se-á maculada pelo vício da inconstitucionalidade. É que, se o Estado pune um indivíduo somente para que este ato sirva de exemplo aos demais integrantes da sociedade, estará sendo arbitrário e maquiavélico. O condenado não pode ser o “bode expiatório” do Estado em sua campanha contra o crime.

A Prevenção Geral Positiva é outra teoria utilizada para legitimar a aplicação da pena. Segundo este entendimento, a pena representa a reafirmação do direito e possibilidade de florescimento dos valores sociais. No âmbito empírico, contudo, verificamos que a aplicação da pena tem pouca servibilidade para propagação dos valores sociais. Em grande parte dos casos, o enclausuramento do condenado responde aos anseios da sociedade de se inserir distante de um indivíduo estereotipado como “refratário à ordem”.

Por outra parte, a Prevenção Especial atribui à pena a função de banir a reincidência, por meio da gradual reinserção do condenado no seio da sociedade. Esta corrente, que se reporta à figura do infrator, subdivide-se em Prevenção Especial Negativa e Positiva. A primeira corrente vislumbra no enclausuramento a oportunidade de neutralização do indivíduo, ao passo que a última defende que a pena tem o condão de ressocializar o indivíduo.

A Teoria da Prevenção Especial também sofre uma série de críticas. Fala-se em neutralização, mas na prisão, muitas vezes, o condenado encontra ambiente propício para cometer novos crimes. Por outra parte, a Prevenção Especial Positiva nos parece decorrer diretamente de uma matriz ideológica positivista que se propôs a transformar homens delinquentes em operários aptos ao trabalho fabril, assim como as nascentes indústrias convertiam matérias-primas em mercadorias. Na prática, poucos são os casos em que a pena realmente promove a ressocialização do indivíduo. Em muitas situações, a prisão funciona como verdadeira “escola do crime”, motivando a prática de mais delitos.

A Teoria Unitária foi adotada pelo Código Penal Brasileiro e simboliza a junção das teorias retromencionadas. Esta corrente busca determinar a função da pena, através da justaposição de várias linhas de pensamento aparentemente contraditórias entre si.

Face ao exposto, parte da doutrina nacional reconhece o insucesso na aplicação das penas privativas de liberdade. Alguns doutrinadores garantistas, inclusive, veem a pena de prisão como um meio de controle social formalizado. Nesse aspecto, Juarez Cirino dos Santos³³⁵ traz a seguinte ponderação doutrinária:

“A reconstrução histórica do sistema penitenciário e seus modelos de exploração da força de trabalho carcerária mostra algumas coisas importantes: a) o fracasso da penitenciária como célula produtiva no modelo da fábrica: a prisão pode propor-se, segundo a ideologia oficial, como mecanismo de produção de sujeitos ideais, mas não é um aparelho de produção de mercadorias; b) a relação dos modelos de trabalho na prisão com o nível de desenvolvimento dos processos econômicos do mercado livre: a manufatura produziu o confinamento solitário do modelo de Filadélfia, representado pelo *public account*; a indústria engendrou o trabalho em comum do modelo de *Auburn*, representado pelo *contract* e o *leasing*”.

No que pertine aos desafios contemporâneos do sistema repressivo, ensina Cezar Roberto Bitencourt³³⁶ que a perspectiva dos direitos humanos e o interesse de efetividade dos direitos e garantias individuais apontam para um futuro menos cruel para o direito criminal. De acordo com o renomado jurista, esse caminho deve ser guiado pelo pluralismo jurídico, sem perder de vista que a construção de um sistema repressor legítimo depende da progressiva consolidação do sistema democrático como reflexo de uma convivência social em condições de igualdade substancial.

É imperioso ressaltar que a Justiça Restaurativa é uma corrente de pensamento que se propõe a promover a reconstrução ideológica do modelo repressivo, por meio da resolução de problemas de forma colaborativa entre as partes conflitantes. O objetivo primordial do instituto é satisfazer as necessidades da vítima, propondo também fazer com que o infrator assuma a responsabilidade pelos atos praticados. A Justiça Restaurativa é,

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª Edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, fl. 466.

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1, 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017, fl.104.

sobretudo, uma prática. Projeta-se a proposta de promover, entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal, iniciativas de solidariedade, diálogo e reconciliação.

O que se busca, portanto, com base na experiência da Justiça Restaurativa e da vitimologia, é o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos, como parte integrante necessária do processo criminal, como pessoa que possui interesse jurídico no resultado do procedimento e cuja expectativa de reparação não reside unicamente na pena imposta pelo Estado. Um sistema penal justo deve ser imbuído de preocupação tricotômica, primando pela compensação à vítima, punição do delito e ressocialização do agressor.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1, 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 38ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª Edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASO DE ERRO

ANA PAULA DA SILVA SOUZA:
acadêmica do curso de Direito pela
Universidade de Gurupi – Unirg³³⁷

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI³³⁸

(Orientadora)

Resumo: Este artigo científico tem como objetivo analisar o erro médico no campo da responsabilidade civil, no contexto da fragilidade médica no exercício profissional. Observou-se que, por seu compromisso com a proteção da saúde do outro, os médicos se deparam cada vez mais com situações que podem levar a ações judiciais, com ou sem responsabilidade por seus atos. Assim, surge o seguinte questionamento: Qual norma é utilizada para apontar a responsabilidade civil do médico por erro? A proposta para este fim conta com uma revisão qualitativa e bibliográfica, pois além da necessária revisão da legislação pertinente, a proposta complementa livros consultivos, artigos em revistas profissionais e publicados na internet.

Palavras-chave: Erro médico; responsabilidade civil; médico.

Abstract: This scientific article aims to analyze medical error in the field of civil liability, in the context of medical fragility in professional practice. It was observed that, due to their commitment to protecting the health of others, physicians are increasingly faced with situations that can lead to lawsuits, with or without responsibility for their actions. Thus, the following question arises: What standard is used to point out the physician's civil liability for error? The proposal for this purpose includes a qualitative and bibliographic review, as in addition to the necessary review of the relevant legislation, the proposal complements advisory books, articles in professional journals and published on the internet.

INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento de todos, a saúde é um dos bens mais resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que, a saúde faz parte da vida e da integridade humana. Todavia, o número de ações judiciais envolvendo médicos vem aumentando a

337 Contato: e-mail: anapssouza067@gmail.com

338 Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins- UFT, professora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. e-mail: veronicaprado@unirg.edu.br

cada ano devido ao crescimento exorbitante dos casos de erro médico, muitas vezes por negligência dos profissionais da região e do país.

De toda forma, com as modificações da medicina e as mutações do direito principalmente dentro da responsabilidade civil, vem trazendo como base o princípio básico de que ninguém pode ser prejudicado, discute também a relação médico-paciente, que visa proteger quem foi injustamente prejudicado e o reparo em caso de erro. Consequentemente, a maioria das vítimas de más práticas hoje buscam a satisfação de seus direitos por meio da proteção judicial.

Assim, para existir a configuração do erro médico, deve haver imprudência, negligência e imperícia médica, se o médico agir de alguma dessas formas, ofende o paciente, e se há ligação entre esses eventos e efeitos nocivos ao corpo do paciente, portanto deve-se observar se há uma relação causal entre os eventos.

Assim, justifica-se o estudo na temática, na busca de trazer igualdade a responsabilidade dos hospitais e a atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, analisando a proporção da culpa. De forma que, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar somente o hospital, deve-se analisar cada caso, evidenciando a medida de culpabilidade de cada um.

Metodologicamente, será utilizado na presente pesquisa um estudo descritivo, utilizando conteúdo do geral ao específico. A abordagem processual seguida será histórica, através da técnica de pesquisa indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, que utilizará e analisará a obra de múltiplos autores, artigos científicos, leis e jurisprudências sobre o tema da responsabilidade civil por erros médicos.

1. ERRO MÉDICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

O erro médico deve ser entendido como a negligência, imprudência e imperícia do médico. Por meio desse comportamento, o médico se desvia do procedimento correto, o que acaba produzindo resultados indesejados que, por sua vez, causam danos ao paciente. É por erro médico que se questiona a responsabilidade por atos igualmente condenáveis. (NETA, 2013)

De acordo com Gagliano e Pamploma Filho (2008, p. 220): "O erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina". Assim, o Erro médico configura-se através de uma conduta profissional atípica, irregular ou inadequada (negligência ou tolerância) para com o paciente na ou em face da prática médica que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca fraude. (LIMA, 2012)

O principal elemento de toda e qualquer responsabilidade é a conduta ilícita, caracterizada por ações humanas voluntárias no mundo externo que causam dano aos direitos de terceiros. Tal dano ao bem legítimo, cuja existência seria justificada no nível normativo da culpa, depende do comportamento em que se baseia o comportamento lesivo, voluntário ou negligente. *Ainda, conforme GOMES et. Al. (2001, p. 91):*

Erro médico é o dano, o agravo à saúde do paciente provocado pela ação ou inação do médico no exercício da profissão e sem a intenção de cometê-lo.

[...]

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.

Se um paciente for prejudicado ou prejudicada, o médico pode ser responsabilizado judicialmente se for culpado de suas ações porque a responsabilidade do médico é avaliada pelo tribunal com base na teoria da responsabilidade subjetiva, conhecida como culpa sob a teoria da responsabilidade subjetiva. Para alguns autores, existem dois tipos de culpa: que é tratada da mesma forma que a culpa comum, independentemente das ações praticadas.

Desta forma, a culpa médica torna-se culpa profissional. Porém, se tal divisão é teoricamente possível, é impossível no campo da prática, pois na responsabilidade civil dos médicos é impossível distinguir entre crimes profissionais e comuns. Não há razão para que uma profissão seja de natureza diferente de outras profissões, desde que os atos jurídicos gerais não causem danos a outros. Portanto, há apenas um erro, a diferença é a forma de prática ou a classificação dos praticantes. (GIOSTRI, 2004)

Conforme LIMA (2012, online):

É quase unânime a concordância de que a responsabilidade civil dos médicos é de natureza contratual. Em alguns casos, isso pode estar fora do contrato, por exemplo, ao cuidar de uma pessoa ferida desmaiada na rua. Também seria extracontratual cometer um delito ou descumprir as normas regulatórias do setor, como fornecer credenciais falsas, não impedir que pessoas não qualificadas exerçam o setor ou recorrer a atitudes terapêuticas ou enganosas cientificamente condenadas, resultando em danos aos pacientes.

Portanto, a imperícia é um erro que pode ocorrer quando o médico age de forma incorreta por falta de preparo técnico ou conhecimento específico da área. Por sua vez, é agir de forma imprudente, sem previsão ou em desacordo com as regras do devido processo legal. Assim como a negligência médica, a imprudência é crime. Quando um médico faz algo que não deveria por má avaliação de risco, impulsividade, falta de controle, pressa ou imprudência, ele se esgota.

Negligência, de acordo com Aguiar Dias (1995, p.91):

Uma omissão e uma prática razoável, as emergências acomodam considerações da conduta normal de governar os assuntos humanos. É o incumprimento que nos obriga a agir com competência, cuidado e prudência. Geralmente está associada à negligência, que ocorre devido à negligência das precauções que se espera que o agente observe.

Cada um desses três tipos de culpa – negligência, imprudência e negligência imperícia – tem suas próprias características, mesmo que as linhas entre eles sejam tênues. Pode acontecer nestas espécies, entrelaçadas, verificadas, então, com negligência com imprevisibilidade, com indiscrição com desprezo pelas regras de diligência e perícia, com prevaricação com os vestígios de negligência.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO POR ERRO

O Código Civil Brasileiro de 2002 listou a responsabilidade médica como crime, mas os estudiosos permanecem controversos quando se trata de caracterizar a responsabilidade médica de acordo com sua natureza. Autores que compreendem a natureza contratual da relação médico-paciente consideram os contratos especiais como aqueles que melhor se adequam às características do exercício profissional médico. (ROSSATO,2015)

Por ser uma ciência imprecisa, não é razoável que os profissionais que exercem atividades prometam resultados ou curas. É neste sentido que cabe ao médico zelar para que todos os meios sejam explorados e utilizados para a obtenção da melhor solução médica, entende-se por apaziguamento.

Por exemplo, o clínico geral, ou mesmo o cirurgião geral, para que possa alcançar o resultado desejado para seus pacientes e/ou seus familiares, depende de uma combinação favorável de fatores como o estado de saúde do paciente, as condições do hospital, conhecimento dos próprios profissionais e outros fatores a serem considerados. Portanto, a atividade médica costuma ser definida como uma atividade instrumental.

A medicina é uma atividade de meios, não de fins. Identificar erros médicos pode ser difícil porque alguns procedimentos, como a cirurgia, são inerentemente arriscados, e os médicos, por mais bem preparados que sejam, não podem prever como o corpo do paciente reagirá.

Essa afirmação pode ter causado algum impacto, mas algumas decisões judiciais têm considerado os fatores imprevisíveis e incalculáveis do cirurgião plástico, que podem levar a resultados piores do que o esperado pelo paciente, mas não têm responsabilizado os cirurgiões plásticos. Prática profissional. Os médicos seguem protocolos de atendimento clínico que fornecem tratamento adequado para os pacientes.

Pedir a um médico para entrar em detalhes não é mais necessário do que pedir um teste de laboratório muito específico para verificar se um paciente se enquadra nas estatísticas de um caso extremamente raro. Outro cenário comum é que os pacientes procuram tratamento quando já estão muito doentes, o que naturalmente reduz as chances de sucesso da intervenção médica.

Mesmo assim, muitas vezes os pacientes e seus familiares acreditam erroneamente que houve um erro médico no momento da morte. Outras vezes, o paciente não fornece ao médico um relato preciso de como está se sentindo durante o tratamento, até mesmo por estar frustrado com seu grave quadro clínico, o que pode ajudar os profissionais que o atendem a mudar a rotina adotada. Nesses casos típicos, os médicos não podem ser acusados de negligência ou imperícia.

3. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DA TEMÁTICA

Em que pese esse entendimento, há decisões nos tribunais superiores considerando erro médico proveniente, também, de condutas dolosas, na modalidade dolo eventual, onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso. Desta feita, os profissionais são punidos com maior severidade, refletindo mais o anseio da sociedade do que uma técnica jurídica racional propriamente dita.

A culpa que deve ser comprovada nos casos de erro médico, é a culpa em sentido estrito, ou seja, a culpa com características de negligência, imprudência ou erro médico. Um médico deve agir visivelmente de qualquer uma dessas maneiras para ser responsabilizado. Se algum desses atos fosse confirmado na atuação de um médico descrevendo um erro médico, ele seria responsável por seus atos e pelas consequências de seus atos. Eis o entendimento do tribunal:

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CULPA. COMPROVAÇÃO. NEGLIGÊNCIA. RESPONSABILIZAÇÃO. DANOS MORAIS. A responsabilidade civil do médico, profissional liberal, é subjetiva, dependente da comprovação de culpa em qualquer de suas modalidades. (TJ-MG - AC: 10105140173888001 Governador Valadares, Relator: Rogério Medeiros, Data de Julgamento: 12/05/2022, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/05/2022)

Como mencionado anteriormente, a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, ou seja, exige-se a prova incontestável da culpa. Além da prova do dano, deve-se procurar analisar a conduta do médico por meio de seus atos ou omissões, provar a culpa na forma de negligência, imprudência ou imperícia e provar o nexo de causalidade entre seus atos e o dano sofrido pela vítima. Cabe à vítima, e se isso não for possível, cabe ao sucessor da vítima provar a culpa do profissional.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO. A obrigação de reparar por erro médico exige a prova de que o profissional agiu com imperícia, negligência ou imprudência, além da evidencia do nexo de causalidade entre a conduta e as consequências lesivas à saúde do paciente. É improcedente o pedido de indenização quando não evidenciada a conduta culposa do médico. (TJ-MG - AC: 10231050528760002 MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 13/12/2018, Data de Publicação: 25/01/2019)

A relação médico-paciente tem natureza contratual e é uma obrigação de meio e não de resultado. Sobre esta matéria, o entendimento dos tribunais tem sido verificado pelos seguintes casos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - CULPA DO PROFISSIONAL OU DO NOSOCÔMIO - COMPROVAÇÃO - INOCORRÊNCIA. - O direito a indenização por danos sofridos com fundamento no art. 951 do Código Civil, requer a comprovação de negligência, imperícia ou imprudência do médico no exercício de sua atividade profissional em face do paciente - Constatando na prova pericial que não houve negligência, imprudência ou imperícia no longo atendimento médico dispensando à paciente, não há falar em dever de compensar.

(TJ-MG - AC: 10000220426449001 MG, Relator: Juliana Campos Horta, Data de Julgamento: 08/07/2022, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/07/2022)

Pela leitura dos acórdãos supra, verifica-se claramente que a responsabilidade civil neste caso pelas características da negligência médica passou a ser uma obrigação de meio. Sendo esta uma obrigação dos meios, o médico não é obrigado a atingir o fim, mas deve esforçar-se para obtê-lo.

Ser classificado como um dever de meios não significa que um médico nunca possa ser responsabilizado porque não se compromete com um fim. Independentemente do tipo de obrigação, os médicos devem ter cautela. Ele assumirá a responsabilidade se houver indícios de responsabilidade civil e, embora não prometa um resultado, promete ter cautela perante seu cargo. Fica claro na sentença que a culpa e o nexo causal foram afastados, portanto a caracterização de erro médico é equivocada

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil por erro médico é tema de indiscutível relevância, pois analisa as possíveis situações em que pode surgir a responsabilidade civil quando o médico, por meio de sua conduta, faz com que o conceito de erro médico falhe.

Se um profissional agir por tal erro específico da profissão médica, responderá civilmente. O erro médico deve ser entendido como a negligência, imprudência e imperícia do médico. Com tal conduta, os profissionais desviam-se do procedimento adequado inerente à sua arte, acabando por produzir resultados indesejados que, por sua vez, causam danos aos pacientes.

A responsabilidade civil está regulada na Parte IX e Capítulo I do atual Código Civil, os artigos 186.º e 187.º, em conjunto com o artigo 927.º, caracterizam Responsabilidade Civil, e os artigos 948.º, 949.º, 950.º e 951.º. Responsabilidade civil dos profissionais, incluindo a dos médicos. Para a caracterização da responsabilidade civil devem ser preenchidos os pressupostos necessários, nomeadamente: acto ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano.

Além destes requisitos, para que o médico seja responsabilizado civilmente imprescindível se faz a comprovação da culpa em sentido estrito, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia, uma vez que aos médicos, profissionais liberais, se

aplica a teoria subjetiva. Segundo esta, a culpa deverá ser comprovada para que o agente seja obrigado a reparar o dano gerado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____ (TJ-MG - AC: 10231050528760002 MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 13/12/2018, Data de Publicação: 25/01/2019)

_____ TJ-MG - AC: 10105140173888001 Governador Valadares, Relator: Rogério Medeiros, Data de Julgamento: 12/05/2022, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/05/2022

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 121.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17ª ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Julio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. 3ª ed. rev. atual. Montes Claros-MG: Unimontes, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, a luz da jurisprudência comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

LIMA, Fernando Gomes Correia Erro médico e responsabilidade civil / Fernando Gomes Correia-Lima. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. 92 p

NETA, FERNANDES et al. Responsabilidade civil por erro médico. 2013. Monografia (Graduação)

ROSSATO, Renata Oliveira. Responsabilidade civil do médico. 2015. 61 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

DESCONTO DE PROVEITOS: A "*COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*" NO DIREITO BRASILEIRO

CAIO LOPES DA SILVA: Advogado, especialista em direito empresarial pela FGV-SP e mestrando em direito pela PUCSP³³⁹.

RESUMO: O presente trabalho busca tratar acerca do instituto da "*compensatio lucri cum damno*", seu conceito e definição de acordo com o que apresenta a doutrina moderna, assim como os pressupostos e requisitos jurídicos para sua aplicação. Ainda, busca tratar dos efeitos da aplicação do desconto de proveitos, bem como analisar casos em que o instituto se apresentou útil e foi utilizado pelas cortes, e como ele foi analisado e aplicado pelos julgadores, sejam eles domésticos ou internacionais. Espera-se, ao fim, demonstrar as hipóteses em que há ou não a incidência da *compensatio*, e de que maneira melhor utilizá-la para a reparação integral e efetiva do dano.

Palavras-chave: *Compensatio Lucri cum Damno*; Direito Civil; Enriquecimento Ilícito; Desconto de Proveitos

Deduction of Benefits: The "*compensatio lucri cum damno*" in Brazilian Law.

ABSTRACT: The present work seeks to deal with the institute of "*compensatio lucri cum damno*", its concept and definition according to what modern doctrine presents, as well as the assumptions and legal requirements for its application. Moreover, it seeks to deal with the effects of applying the account for profits, as well as to analyze cases in which the institute was useful and was used by the courts, and how it was analyzed and applied by the judges, whether domestic or international. It is expected, in the end, to demonstrate the hypotheses in which there is or is not the incidence of *compensatio*, and how best to use it for the full and effective repair of the damage

Keywords: *Compensatio Lucri cum Damo*; Civil Law; Unjust Enrichment; Deduction of Benefits.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO. 3. REQUISITOS. 3.1. Benefício em prol do lesado. 3.2. Dano e vantagem devem se originar do mesmo fato. 3.3. Dano e vantagem oriundos de um mesmo liame causal. 4. EFEITOS. 5. APLICAÇÃO PRÁTICA. 5.1. STJ e os casos de benefícios previdenciários. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

339 caiolsilva61@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O direito civil, mais especificamente o instituto geral da responsabilidade civil tem especial preocupação pela reparação do dano, não por outro motivo nosso código civil dedica um capítulo inteiro a isso, não apenas à responsabilidade, mas sim à obrigação daquele que causar dano a outrem tem de repará-lo.

Deste instituto decorrem os mais diversos princípios e obrigações, dentre elas, a da reparação integral do dano, a qual deve ser medida pela extensão deste no patrimônio do lesado.

Não apenas isso, mas também se faz necessário que a indenização não cause o enriquecimento ilícito de determinado indivíduo, vez que, como dito, a indenização deve ser medida pela extensão do dano, não mais, nem menos do que este.

Assim sendo, em um caso em que a vítima tenha um prejuízo e um enriquecimento decorrentes de um mesmo fato, não seria possível aplicar os princípios da reparação integral e o da vedação ao enriquecimento ilícito sem que se leve em consideração no cálculo indenizatório tanto os malefícios quanto os benefícios.

Daí decorre a *compensatio lucri cum damno*, instituto que, apesar da ausência de previsão legislativa expressa, é de suma importância para que a indenização seja aferida da maneira mais adequada possível.

Justamente diante da ausência de previsão legislativa, há de se recorrer à doutrina e jurisprudência para entender os requisitos, efeitos e aplicação mais adequados para o instituto.

Assim, o presente trabalho busca indicar os requisitos mais aceitos pela doutrina, bem como a maneira como têm sido aplicados pelas cortes.

Os efeitos práticos da aplicação do instituto podem parecer simples em uma primeira análise, no entanto, verifica-se que diversas são as minúcias que surgem em cada caso e colocam em dúvida a possibilidade de utilização do instituto.

Em que medida pode ou não ser utilizado, e como aplicar os requisitos de maneira mais adequada são respostas que buscam ser respondidas no presente trabalho, sem a pretensão de exaurir a matéria, mas de realizar uma análise adequada do tema.

2. DEFINIÇÃO

A *compensatio lucri cum damno* decorre diretamente do princípio da reparação integral, e da consequência deste de que a indenização deve ser igual ao dano sofrido, não maior, nem menor que este.

É assim governada, portanto, por esse princípio, o qual é inferido no ordenamento jurídico pátrio no art. 944, do Código Civil. Referido artigo determina que a indenização se mede pela extensão do dano sofrido. Ou seja, a recomposição do prejuízo deve abranger todo o dano, porém nada além do dano.

A regra da *compensatio* determina que há a necessidade de que se realize o abatimento, quando da liquidação do *quantum* indenizatório, as eventuais vantagens auferidas pela vítima em decorrência do fato ou conduta que tenha gerado o dano.³⁴⁰

Assim, caso o lesado conquiste algum benefício como decorrência direta e imediata do mesmo fato que levou ao prejuízo, que motivou o prejuízo, o montante ganho deve ser abatido da indenização, descontando-se o eventual proveito quando da auferição do *quantum debeat*.

Ou seja, não é lícito que a reparação do dano deixe o lesado em posição mais vantajosa do que aquela anterior à da lesão.

O exemplo trazido por Rafael Peteffi é claro quanto à aplicação da *compensatio*³⁴¹. A situação indicada pelo autor é, em suma, a seguinte: uma pessoa adquire um veículo novo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Em seu primeiro passeio com o veículo, que ainda não está segurado, o estaciona regularmente em local destinado a tal fim. Pouco tempo depois, um veículo desgovernado bate em seu carro novo e o destrói, transformando-o em sucata, apenas restos de metal. Acontece que, o dono do veículo consegue vender este resto de metal no ferro velho e, desta negociação, arrecada o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela sucata. Assim, com a perda total do veículo e a ausência de seguro, o dono do veículo busca a reparação de seu dano judicialmente, requerendo a quantia de R\$ 200.000,00 para fins de restituição integral do dano.

Na decisão, no entanto, o julgador determina o desconto do proveito obtido pelo dono do veículo com a venda da sucata ao ferro velho. Assim, a condenação do réu é

340 SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno*: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 90, p. 91-145, jun. 2018.

341 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

de que realize o pagamento do valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), vez que a diferença foi obtida diante do proveito da venda da sucata.

Ou seja, há o desconto na quantificação do dano patrimonial causado pelo acidente, vez que tanto o dano quanto a vantagem decorrem do mesmo fato. Se assim não fosse, poder-se-ia argumentar o enriquecimento ilícito do autor.

A aplicação prática no exemplo acima é evidente e demonstra de maneira simples e objetiva uma correta aplicação do instituto, possibilitando neste caso a compensação de uma eventual vantagem que sobreveio de um mesmo evento lesivo.

Ou seja, é certo que o valor do veículo era R\$ 200.000,00 e que a reparação integral do dano por ele sofrido equivale a este valor. No entanto, caso não fosse aplicada a *compensatio*, teria a vítima se enriquecido do prejuízo que lhe foi causado. Não havendo, neste caso, o desconto do proveito obtido, a vítima, depois da condenação, teria uma restituição total de R\$ 210.000,00 – valor do veículo novo, somado com o valor obtido pela venda da sucata.

Ou seja, dita a *compensatio* que se deve operar uma compensação entre os lucros e os danos decorrentes de um mesmo ilícito, um desconto de eventual vantagem obtida dos danos efetivamente sofridos. De qualquer maneira, isso deve ser feito sem que a vítima incorra em enriquecimento ilícito, ou que não haja a reparação integral do dano.

A *compensatio* pode ser vista como uma fórmula ou cálculo matemático. Neste sentido, para a definição do *quantum debeatur* adequado, verifica-se no desconto de proveitos que o objeto deve ser o resultado da subtração entre o aumento patrimonial auferido pelo enriquecido e os eventuais benefícios originados ao prejudicado em razão do mesmo fato que gerou o enriquecimento sem causa³⁴².

A *compensatio*, portanto, trata-se de um mecanismo para a definição e quantificação do dano³⁴³, dentro da esfera da reparação integral do dano. Assim, difere do que ocorre na modalidade de extinção das obrigações³⁴⁴.

Neste ponto, importante destacar a diferença entre o a *compensatio lucri* e a compensação prevista no art. 368, do Código Civil³⁴⁵. Não apenas a caracterização da

³⁴² MORAES. Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa*: e o enriquecimento por intervenção. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 372.

³⁴³ Idem, pg. 373.

³⁴⁴ Idem, ibidem.

³⁴⁵ **Art. 368, Código Civil:** Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

compensatio depende da verificação de requisitos próprios, difere também de maneira objetiva da compensação do art. 368.

Na compensação prevista no Código Civil brasileiro, verifica-se a existência de relações jurídicas entre as partes que, sendo ao mesmo tempo credores e devedores uma da outra, justificam a compensação de valores. A finalidade aqui, é a eficiência e economia de se evitar um pagamento dúplice, quando entre duas pessoas existirem mais de uma relação de débito e crédito mútuas³⁴⁶.

Trata-se, o caso da compensação no direito civil, basicamente, da análise das relações jurídicas existentes entre as partes. No caso da *compensatio*, por sua vez, isso não ocorre³⁴⁷. O que se observa, neste caso, é exclusivamente o patrimônio do lesado, como se encontrava antes do dano, e os eventuais lucros que deste dano possam ter decorrido, com o intuito de que seja realizada a efetiva reparação do dano.

Diante disso, existe discussão acerca da melhor terminologia para o termo em latim, que alguns autores entendem não ser o mais adequado. Existe divergência na doutrina com relação à terminologia mais adequada para o instituto.

O autor russo-germânico Andreas Von Thur entende que a expressão em latim não seria a mais correta, justamente pelo fato de que, como visto acima, o instituto não está a tratar de uma compensação com outro crédito efetivamente, mas simplesmente de se levar em consideração os efeitos de uma vantagem no momento de se calcular o dano. Por este motivo, Von Thur sustenta que uma melhor denominação seria a de “imputação de benefícios”³⁴⁸. Em outra linha, Hans Fischer defende que o uso da expressão “cômputo de benefícios” seria adequado para o caso³⁴⁹.

Giovanni Nanni, por sua vez, entende que outra seria a denominação mais adequada, qual seja, a “desconto de proveitos”. Assim entende o autor pelo fato de que

346 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado [livro eletrônico]. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

347 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A *compensatio* *lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

348 VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces. Reimpressão. Madrid: Editorial Reus, 1999, v. 1, pg. 74. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 329.

349 FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938, p. 199. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 329.

no caso da *compensatio* não está a se tratar apenas de imputar os benefícios como se fosse uma atribuição de responsabilidade, ou de computá-la com o propósito de ser um cálculo indenizatório. Entende Nanni que o cálculo do *quantum debeatur* somente estará completo com o efetivo abatimento, dedução ou desconto da vantagem obtida pela vítima³⁵⁰.

Não obstante o fato de o termo "*compensatio lucri cum damno*" ser consagrado em diversos sistemas jurídicos mundo a fora³⁵¹, esta última nomenclatura cunhada por Nanni é que se verifica mais adequada para a melhor definição da expressão e, deste modo, a que será utilizada doravante para a enunciação do tema.

O desconto de proveitos, portanto, está claramente ligado à noção de reparação integral do dano, vez que a indenização é fixada consoante – e diretamente com – a extensão do dano³⁵². Assim, apesar de não se tratar de instituto com previsão legislativa expressa, encontra seu fundamento na disciplina geral da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar.

No caso do direito pátrio, dita o art. 944, do Código Civil³⁵³ justamente que a indenização se mede pela extensão do dano. Ou seja, caso se apresente uma vantagem que exceda o prejuízo efetivamente incorrido, deve o primeiro ser deduzido, buscando-se a reparação do que efetivamente foi tido como prejuízo. Além disso, a matéria do desconto de proveitos é respaldada também no art. 884 do CC³⁵⁴, o qual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Neste mesmo sentido, o desconto de proveitos busca justamente impedir que a vítima obtenha eventual vantagem indevida, mesmo após a verificação de um prejuízo passível de ressarcimento.

Assim, verifica-se que a grande razão de ser do desconto de proveitos é justamente evitar o enriquecimento sem causa, servindo de cálculo para que a reparação integral do dano se dê de maneira efetiva e dentro dos parâmetros da lei.

350 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 329.

351 Idem, ibidem.

352 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 329.

353 Art. 944, Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

354 Art. 884, Código Civil: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Trata-se de uma excelente ferramenta para correção de situações em que se verifique o enriquecimento ilícito e que não são necessariamente tão evidentes diante da existência de um prejuízo decorrente do mesmo fato ou situação.

3. REQUISITOS

O autor argentino Alfredo Orgaz indica que o instituto do desconto de proveitos, de modo geral, carece de regras fixas e precisas na legislação³⁵⁵. Deste modo, existe uma grande margem de flexibilidade nas decisões judiciais que se utilizam do conceito para definir o valor da indenização.

De qualquer modo, de maneira geral, a doutrina reconhece a existência de três requisitos fundamentais para a verificação de aplicação do desconto de proveitos³⁵⁶. São eles: **(i)** a constatação de existência de um benefício em prol do lesado; **(ii)** o dano e a vantagem devem necessariamente se originar do mesmo fato; **(iii)** faz-se necessário que o dano e a vantagem se insiram em um mesmo liame causal.

Renato de Moraes indica a existência ainda de um quarto requisito, de que o dano e o benefício devem ser concretos e atuais, e não meramente hipotéticos³⁵⁷. No entanto, entende-se que estes são pressupostos práticos para a verificação do *quantum debeat* em sede de condenação. Assim, serão tratados os três requisitos clássicos mais aceitos e reconhecidos de maneira geral pela doutrina.

3.1 Benefício em prol do lesado

355 ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: De Palma, 1967. p. 167. In: SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

356 Neste sentido: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Obrigações*, vol. II, cit., p. 430; NANNI, Giovanni Ettore. *Desconto de proveitos ("compensatio lucri cum damno")*. In: PIRES, Fernanda Ivo (Org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; ROSENVAL, Nelson (Coord.) *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 281-292; SILVA, Jeniffer Gomes da. *Compensatio lucri cum damo: qualificação e aplicabilidade no direito brasileiro*. Revista de Direito da Responsabilidade. Ano 2, 2020, p. 712.

357 MORAES. Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa: e o enriquecimento por intervenção*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 374.

O primeiro aspecto ou requisito a ser verificado para a aplicação do desconto de proveitos é a existência de um benefício para o lesado. A esfera de interesses que importa para o desconto de proveitos é exclusivamente daquele quem restou lesado.

Neste ponto, caso não se verifique qualquer ganhou, apenas prejuízo, este prejuízo será quantificado e ao fim indenizado, vez que não há o que se deduzir do *quantum* indenizatório. Deste modo, um pressuposto lógico para a aplicação do desconto de proveitos é justamente a existência de um ganho, de um benefício³⁵⁸.

Apesar de objetivo, quanto a este primeiro requisito Giovanni Nanni ressalta que o proveito aqui é aferível como ganho, mas também pode ser entendido como proveito por obstar o prejuízo ou também resultar em uma economia de despesa³⁵⁹.

Importante ainda notar que este primeiro requisito exclui de imediato os casos de benefícios alheios ao lesado, os quais devem ser desconsiderados quando da aplicação do desconto de proveitos.

3.2 Dano e vantagem devem se originar do mesmo fato

No que tange ao segundo requisito importa notar que para o surgimento do proveito e do prejuízo pode ter ocorrido diversos fatos, muitas vezes correlatos em partes ou em sua totalidade.

Neste ponto, a exigência é que a vantagem tenha sido causada pelo fato que obriga à indenização, que tenham ambos a mesma causa e origem. Como indica Giovanni Nanni, caso a vantagem tenha sido causada por fato distinto daquele que determina a reparação do dano, não há que se falar em desconto de proveitos³⁶⁰.

Assim, devem ser desconsiderados todos e quaisquer benefícios que não estejam diretamente ligados ao fato danoso. Como no exemplo trazido por Rafael Peteffi, não pode ser computada a quantia que o pai doa à filha para que est apossa enfrentar os custos imediatos de seu infortúnio³⁶¹. Por mais que se possa alegar que a doação apenas

358 NANNI, Giovanni Ettore. *Desconto de proveitos ("compensatio lucri cum damno")*. In: PIRES, Fernanda Ivo (Org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; ROSENVAL, Nelson (Coord.) *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 287.

359 Idem, ibidem.

360 Idem ibidem.

361 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

existe diante da ocorrência do infortúnio, a causa da doação foi a caridade do pai, um ato de liberalidade deste, e não o infortúnio em si.

Vantagem e dano devem ser juridicamente coligados, não podem nascer, portanto, de causas diversas.

Não se admite que o proveito proporcionado ao sujeito por um ato de liberalidade seja descontado do dano gerado ao mesmo sujeito por um ato ilícito.

Esse requisito é uma consequência lógica do fato de que o desconto de proveitos serve como elemento de determinação do dano, de cálculo do *quantum* indenizatório. Podemos até entender como fórmula para cálculo do valor da indenização. No entanto, não há como utilizar o desconto de proveitos como fator em si só para diminuir a indenização³⁶².

3.3 Dano e vantagem oriundos de um mesmo liame causal

Por fim, o terceiro requisito determina que o dano e a vantagem sejam oriundos de um mesmo liame causal. Ou seja, se faz necessária uma análise de nexos de causalidade entre os eventuais benefícios e o fato que causou o dano. É dizer: benefício e dano devem decorrer do mesmo fato que originou o dever de reparar.³⁶³

Assim, quando da apuração do *quantum debeatur*, imprescindível a verificação de existência de relação causal entre os proveitos e o fato causador do dano³⁶⁴.

Aqui, por mais que se entenda que a relação entre os proveitos e os prejuízos possa ser mais ou menos estreita, fato é que deve existir um vínculo direto entre o fato danoso e o proveito. A causa que tenha gerado o ganho deve estar intimamente ligada a causa que tenha gerado o prejuízo.

362 NANNI, Giovanni Ettore. *Desconto de proveitos (“compensatio lucri cum damno”)*. In: PIRES, Fernanda Ivo (Org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; ROSENVAL, Nelson (Coord.) *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 287.

363 LEITE CABRAL LOUREIRO COUTINHO, L.; BRADLEY DOS SANTOS DIAS, L. O.; DE ALMEIDA TÁVORA, R.; STÜSSI NEVES FORTES DE ABREU, T. *Notas acerca dos contornos teóricos e pragmáticos da compensatio lucri cum damno*. Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 4, p. 84–118, 2022. DOI: 10.56119/rcabdc.v4.63. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/63>. Acesso em: 21 de novembro 2022.

364 Idem ibidem.

Observa-se que, na Itália, além do nexo de causalidade entre o proveito e o dano, a jurisprudência reconhece a necessidade da mesma natureza jurídica para os benefícios e prejuízos causados pelo fato danoso³⁶⁵.

Apesar desta visão mais restritiva, o que se verifica da jurisprudência italiana é uma certa flexibilização deste requisito, no sentido de que basta que o proveito e o prejuízo decorram da mesma causa, por mais que indiretamente, dispensando-se assim a vinculação de ambos a um mesmo evento³⁶⁶.

Ou seja, ampliou-se na jurisprudência recente italiana o âmbito de aplicação da *compensatio lucri cum damno*, deixando uma visão tradicional mais restritivo por uma vertente que depende da causa justificativa de atribuição do benefício.

No caso da jurisprudência alemã, por sua vez, além do reconhecimento da existência do nexo de causalidade, existe ainda a imposição de conexão interna entre o dano e o benefício, além do fato de que a aplicação do desconto de proveitos não pode ser realizada em casos em que haja uma “desoneração desarrazoada” do ofensor³⁶⁷.

Ainda a título exemplificativo, a Suprema Corte da Polônia aplicou o instituto em caso interessante de sinistro de veículo. Narrado por Ewa Baginska³⁶⁸, o caso se trata do empréstimo de veículo pelo seu proprietário a um amigo. O veículo, guiado pelo amigo, sofreu um sinistro em que outro condutor bateu no veículo. Este terceiro detinha seguro. No entanto, o amigo que dirigia o veículo levou-o de imediato ao conserto, realizando os reparos necessários e pagando pelos serviços.

A seguradora do terceiro que abalroou o veículo se negou a realizar o pagamento da reparação ao proprietário do veículo (não ao amigo que o conduzia no momento do acidente), apesar de não estar em discussão a responsabilidade do auto do fato. Inicialmente, as instâncias inferiores entenderam, em sede de ação de cobrança

365 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

366 MORAES. Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa: e o enriquecimento por intervenção*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 371-384.

367 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

368 BAGINSKA, Ewa. *Compensation for property damage in motor third party liability insurance*. Insurance Review, n. 4, 2014. p. 82. Disponível em: www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/WU/4%202014/WU%204-2014%2007%20en%20baginska.pdf. Acesso em 15 de novembro de 2022

proposta pelo proprietário, que o autor deixou de comprovar dano material a seu patrimônio, vez que o carro havia sido reparado.

No entanto, a Suprema Corte polonesa reverteu o julgamento ao entender que o reparo voluntário feito por terceiros não afastaria a perda econômica do autor. Deste modo, a responsabilidade da seguradora não seria afastada. Sob a ótica da *compensatio lucri*, a Corte ressaltou que um ato de liberalidade de terceiro (o conserto realizado pelo amigo) não deveria ser levado em consideração quando da avaliação do dano sofrido. Ainda, entendeu também que não havia nexos de causalidade entre a contribuição voluntária e o fato danoso.

Reconheceu, portanto, a não aplicabilidade do desconto de proveitos ao caso, sendo a seguradora condenada ao pagamento do prejuízo incorrido pelo proprietário do veículo.

4. EFEITOS

Conforme se extrai da definição e dos requisitos acima apresentados, o desconto de proveitos atua direta e exclusivamente na quantificação dos danos para fins de indenização.

Assim, o efeito principal da aplicação do desconto de proveitos é a determinação mais adequada do valor a ser indenizado. Invariavelmente, a única possibilidade de aplicação da *compensatio* é para a diminuição do *quantum debeatur*.

A depender da particularidade de cada caso, é possível admitir que a aplicação do desconto de proveitos pode diminuir o valor da indenização até o ponto em que ele se torne zero. Ou seja, pode resumir a zero a pretensão do autor, caso evidenciado que o ganho tenha sido maior que o prejuízo³⁶⁹.

Ou seja, é possível, por meio da aplicação do desconto de proveitos, que a pretensão indenizatória do autor seja anulada diante da existência de proveitos que venham a se igualar – ou até mesmo serem superiores – que o dano causado por um mesmo evento.

³⁶⁹ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938, p. 199. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 335.

Um efeito prático do desconto de proveitos que pode eventualmente se verificar, e que há discussão na doutrina a respeito³⁷⁰, é a possibilidade ou não do reconhecimento de ofício pelo julgador da *compensatio*. Isso se dá, pelo fato de que o desconto de proveitos não se trata de pedido contraposto, ou de compensação de créditos e débitos em comum. Trata-se exclusivamente de uma fórmula de cálculo do valor a ser indenizado.

Ou seja, a aplicação da fórmula e determinação do valor a ser indenizado cabem exclusivamente ao julgador. Por mais que ao requerido em determinada ação condenatória caiba o dever de demonstrar e fazer prova contrária ao que alega o autor, a aplicação da fórmula para a determinação do valor cabe ao julgador.

Assim, entende-se que, desde que atendidos os princípios processuais e constitucionais do contraditório e ampla defesa e devidamente comprovados os benefícios ocorridos – o que, em tese, caberia ao réu – pode sim o julgador aplicar de ofício o desconto de proveitos quando da determinação do valor a ser indenizado.

5. APLICAÇÃO PRÁTICA

Analisados a definição, requisitos e efeitos do desconto de proveitos, passa-se então a uma análise da aplicação do instituto em casos concretos e exemplos hipotéticos, assim como os principais pontos de controvérsia quando de sua aplicação.

Em análise da jurisprudência alemã, Rafael Peteffi indica que esta separa os casos de aplicação do desconto de proveitos em três grandes situações, quais sejam (i) os casos em que a vantagem é uma consequência natural do dano, vez que nenhum dos envolvidos causou uma vantagem direta; (ii) os casos em que a vantagem seria causada por ações da própria vítima; e (iii) os casos em que o proveito se origina de atos de terceiros ou do próprio autor do dano³⁷¹.

Para os fins deste trabalho, importa focar na terceira situação, vez que é onde se encontram os casos de indenizações securitárias – e que são os que melhor podem ser comparados com a jurisprudência brasileira. Nestas situações, de acordo com o autor, a jurisprudência alemã se coaduna com o cenário brasileiro³⁷², no sentido de que o desconto

³⁷⁰ GALLO, Paolo. *Compensatio lucri cum damno* e beneficii collateralis. Parte prima: la compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni. *Rivista di Diritto Civile*. Anno LXIV – v. 3, p. 862; NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 334.

³⁷¹ SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

³⁷² Idem, ibidem.

de proveitos é facilmente aplicado na hipótese em que o seguro foi realizado pelo ofensor, em benefício da vítima e afastado quando o seguro fora contratado e pago pela própria vítima.

Na mesma linha do que seguem as cortes alemãs e brasileiras, a jurisprudência espanhola entende que é fácil identificar o fato de que a contratação de um seguro de acidentes ou de vida realizado em benefício próprio ou de terceiros não pode ser objeto de compensação. Entretanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, nas hipóteses de benefícios concedidos pela Seguridade Social espanhola, as cortes entendem que há concorrência de indenizações e que implicaria em duplicidade indenizatória³⁷³.

No Brasil, a verificação da aplicação do desconto de proveitos na jurisprudência não é tão clara quanto em outros países. Ao contrário da Itália, que lida diretamente com o assunto já há alguns anos, e da Alemanha que, como visto, já julgou o suficiente para poder separar os casos em três situações distintas, as cortes brasileiras não aplicam o instituto por meio direto de sua nomenclatura.

Há apenas um julgado no Superior Tribunal de Justiça que trata expressamente do termo "*compensatio lucri cum damno*"³⁷⁴. O julgado trata de um agravo regimental em recurso especial em que a matéria de fato subjacente é de erro médico³⁷⁵. Em suma, foi reconhecida a responsabilidade subjetiva do médico e do hospital em caso de erro médico e determinadas indenizações pelas instâncias inferiores, dentre elas, o pagamento de pensão.

No que tange à matéria em discussão no presente trabalho, diante do pedido de compensação do benefício previdenciário recebido pela vítima com a indenização a

373 Idem ibidem.

374 Em pesquisa realizada diretamente na página de pesquisa de jurisprudência online do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>), realizando a pesquisa com os termos "*compensatio lucri*", o único julgado indicado pela página é o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.537.273, conforme indicado no texto. Fazendo uso dos termos "desconto de proveitos", conforme nomenclatura utilizada no presente artigo, nenhum acórdão foi encontrado. Ao utilizar-se da expressão "compensação dos lucros" quatro são os resultados de julgados, um deles sendo o que foi indicado acima. Os outros três acórdãos, no entanto, tratam de temas de natureza tributária. Insta ressaltar que a busca é feita apenas por acórdãos, excluindo-se as decisões monocráticas, assim como o fato de que a busca apenas encontra resultados caso o termo exato da pesquisa esteja presente no acórdão. A última pesquisa com os termos acima indicados foi realizada em 09 de dezembro de 2022.

375 AgRg no REsp n. 1.537.273/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe de 1/12/2015.

título de pensionamento, o acórdão reconheceu que a *compensatio lucri cum damno* não seria aplicável ao caso. Veja-se o trecho em que o instituto foi tratado:

"Disciplinado pelo art. 950 do CC, previu, o legislador, que, diminuída a capacidade de trabalho, "a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu." A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de que não se compensar o benefício previdenciário recebido pela vítima com o pensionamento ante a diferença entre as causas de concessão de cada uma das pensões afastando-se a compensatio lucri cum damno (compensação do lucro com o dano).³⁷⁶"

Evidentemente, e como se extrai do próprio trecho acima transcrito, o fato de o Superior Tribunal de Justiça não se utilizar da nomenclatura "*compensatio lucri cum damno*" – ou até mesmo do "desconto de proveitos" – a jurisprudência trata da necessidade de compensação de eventuais lucros com os prejuízos oriundos de um mesmo fato.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece em sua jurisprudência casos similares aos do exemplo trazido acima, da venda da carcaça de veículos em casos de acidente, e o consequente desconto do valor obtido no valor da indenização³⁷⁷.

Em análise no sistema de busca de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ("TJSP"), encontra-se 36 (trinta e seis) acórdãos que tenham tratado expressamente da *compensatio lucri cum damno*³⁷⁸. Não é o objetivo do presente estudo fazer uma análise exaustiva destes julgados, ou de entender de que maneira eles poderiam ser classificados dentro de padrões de julgamento.

376 Idem ibidem (grifo do autor).

377 e.g.: AgRg no AgRg no Ag 1241492 – PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, data de julgamento 17.03.2016, DJe28.03.2016.

378 De acordo com pesquisa realizada em 09 de dezembro de 2022, com a utilização do termo "*compensatio lucri*" na pesquisa de casos.

No entanto, para fins exemplificativos, o julgado mais recente do TJSP³⁷⁹ – publicado em 17 de novembro de 2021 – foi um caos em que o desconto de proveitos foi aplicado para fins de determinação do valor a ser indenizado.

Em linhas gerais, o autor pretendia a indenização pelo uso indevido de área em comum na qual seria construída um empreendimento. Acontece que a construtora (autor) jamais construiu o empreendimento, ao passo que a ré se utilizou de cerca de 880m² do terreno para uma construção. Não obstante o ilícito, obra lhe trouxe vantagem comercial e lucro para os condôminos do terreno ante a sua valorização. Mais um detalhe interessante do julgado, foi o fato de que, como discutido acima, o TJSP reconheceu de ofício a possibilidade da compensação ao indicar que:

“As partes nada formularam e não há uma perícia que informe valores de comparação para que se faça eventual compensação e a Turma Julgadora não ignora essas deficiências probatórias. Todavia, existe o fator correlação entre o que se retirou do patrimônio dos condôminos e o que se incorporou de forma positiva, e essa sugestiva ocorrência autoriza acrescentar mais esse fundamento ao rol de motivos que reforçam os motivos de rejeição do pedido indenizatório.”³⁸⁰

De qualquer maneira, a grande parte dos casos que analisam ou aplicam o desconto de proveitos, o faz em sede de discussões envolvendo seguro de danos previamente contratados e prevalece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o correto entendimento pela impossibilidade de aplicação do desconto de proveitos nestes casos.

Nestes casos, o recebimento da indenização securitária não afasta ou diminui, como regra, a reparação devida pelo causador do dano. Isso porque as causas do dano derivam do ilícito/sinistro, enquanto as vantagens decorrem do contrato estabelecido entre a vítima e a seguradora, ou seja, tem origens diversas, não atendendo assim a um dos requisitos de aplicabilidade do desconto de proveitos.

Em se tratando do caso de seguro obrigatório (DPVAT), contrário sensu, o STJ inclusive já editou súmula a respeito, entendendo que o valor do seguro obrigatório deve

³⁷⁹TJSP; Apelação Cível 1002626-65.2017.8.26.0038; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araras - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2021; Data de Registro: 17/11/2021.

³⁸⁰Idem ibidem.

ser deduzido da indenização judicialmente fixada³⁸¹. Ou seja, neste caso, estabelecendo a necessidade de se aplicar o desconto de proveitos³⁸².

Na análise de Rafael Peteffi, a decisão do STJ que levou à edição da súmula indicada entendeu o reconhecimento do valor do DPVAT como uma vantagem compensável com os prejuízos e não somente como uma parcela indenizatória³⁸³.

5.1 STJ e os casos de benefícios previdenciários

Uma situação em que a não aplicação do desconto de proveitos pode ser considerada pacífica é justamente na determinação de impossibilidade de compensação entre a indenização pelo ato ilícito e o benefício previdenciário percebido pela vítima do ato³⁸⁴.

Ou seja, de maneira geral, afasta-se a aplicação do desconto de proveitos uma vez que eventual benefício previdenciário não pode ser descontado da indenização devida por danos decorrentes de ato ilícito.

Isso se dá pelo fato de que um dos requisitos vistos acima para a aplicação do desconto de proveitos não se verifica preenchido, qual seja, o da unicidade de causa entre o benefício (previdenciário neste caso) e o ato ilícito. Uma delas tem origem na contribuição mensal prestada pela vítima, enquanto o dever de indenização decorre do ato ilícito. Desta forma, ante as diferentes origens das remunerações não há que se falar em *compensatio*.

Outro princípio que surge neste ponto, por mais que indiretamente, é o da vedação à dupla compensação, que haveria neste caso a vítima recebesse tanto a reparação civil da indenização pelo ato ilícito, quanto o benefício previdenciário.

381 Súmula n. 246, STJ: o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

382 De acordo com Rodrigo da Guia, embora a expressão não tenha sido explicitamente referida, remonta precisamente à *compensatio lucri cum damno* a controvérsia instaurada acerca da possibilidade ou não de abatimento do valor do seguro obrigatório em relação ao montante do dano indenizável. (SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno* direito brasileiro: estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o pagamento do DPVAT. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 16, p. 139-165, abr./jun. 2018).

383 SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno* direito brasileiro: estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o pagamento do DPVAT. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 16, p. 139-165, abr./jun. 2018

384 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

Acontece que, nos casos de obtenção de benefícios previdenciários, ao contrário do que acontece na grande maioria dos países europeus, o ente estatal responsável pela previdência não busca o ressarcimento do valor pago à vítima em ação de regresso em face do autor.

As ações regressivas por parte da seguridade social são vistas em grande parte dos países do mundo, seja por efetiva sub-rogação, seja por possibilidade legal³⁸⁵. Exatamente como ocorre no Brasil em casos de seguridade privada³⁸⁶.

Acontece que, de acordo com Rafael Peteffi, o Instituto Nacional do Seguro Social tem demonstrado cada vez mais um interesse na propositura de ações regressivas em face ao autor do dano³⁸⁷.

Esse recente interesse do INSS no manejo de ações regressivas fará com que os tribunais pátrios se confrontem diretamente com a questão da duplicidade de cobrança do autor do ilícito e a enfrente assim como faz com a possibilidade de sub-rogação nos casos do seguro privado.

Ainda conforme apresentado pelo autor, até o momento, a grande maioria de casos esbarra na prescrição ou debatem questões processuais como a competência, existindo, ainda, os recursos não conhecidos. No entanto, é questão de tempo para que isso seja enfrentado pelo STJ.

Inexoravelmente, havendo a possibilidade de ação regressiva do INSS em face ao causador do dano, acarretará o duplo pagamento. Uma vez à vítima, e outra ao ente estatal pela via de regresso. Isso fará com que o valor pago pelo ofensor será superior ao dano efetivamente experimentado.

A análise das peculiaridades da segurança social se torna essencial nestes casos. Aqui existe o recebimento mensal do benefício, e não o recebimento integral como ocorre

385 Idem, ibidem.

386 Aqui previsto inclusive legalmente, conforme disposição do art. 786, do Código Civil brasileiro: **Art. 786.** Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Porém, ausente disposição similar expressamente para a seguridade social. O tema é também tratado no artigo 800, do mesmo diploma: **Art. 800.** Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro.

387 SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

nos casos da seguridade privada. Demais, o valor do benefício não necessariamente é exatamente o valor do dano.

Por fim, e novamente de acordo com Peteffi, não seria possível impedir o direito de ação do lesado. Assim, independente de qual for a interpretação da natureza jurídica do direito de regresso do INSS, trabalhar com o instituto do desconto de proveitos, definindo-se aí o *an debeatur*, e deixando para um momento posterior a fixação do *quantum*, com base na ideia de compensação das vantagens advindas do próprio dano³⁸⁸.

6. CONCLUSÃO

A *compensatio lucri cum damno* é ferramenta extremamente útil e apta para que se cumpra o princípio da reparação integral de um lado, observado ainda princípios assessoriais deste como o da vedação ao enriquecimento ilícito. Sua aplicação como fórmula matemática e com requisitos objetivos faz com que, quando utilizada em julgados, seja em sua grande maioria das vezes acertada.

A pouca e quase inexistente enunciação expressa da *compensatio in lucri cum damno* – por mais que se entenda pela utilização da nomenclatura do desconto de proveitos, o resultado é o mesmo – percebida pela jurisprudência pátria pode levar a conclusões alheias à realidade.

A aplicação prática do instituto, por mais que não de maneira expressa demonstra a sua aceitação pelas cortes nacionais, nos mais diversos julgados das mais diversas matérias, sejam elas securitárias, previdenciárias ou de casos indenizatórios outros.

Apesar da importância do estudo do tema para a mais adequada delimitação do dano indenizável, *quantum* indenizável e atendimento a princípios muito mais desenvolvidos do direito civil – como a vedação ao enriquecimento ilícito e o da indenização pela extensão total do dano –, a produção doutrinária nacional ainda é, de certa maneira, escassa sobre o assunto, faltando elaboração teórica.

O que se buscou no presente trabalho foi um panorama geral teórico da definição do instituto, assim como os requisitos fundamentais para a sua aplicação nos casos concretos. A diferenciação entre este e outros institutos do direito civil, e a necessidade de uma adequada compreensão da regra.

O que se espera é o fomento ao debate e ao estudo do tema, da doutrina que já presta valiosas lições para o bom entendimento do assunto e, ao mesmo tempo, uma evolução no debate para que a discussão acerca do montante do dano a ser indenizado possa ser cada vez mais sofisticada. Ainda mais diante da recente possibilidade do próprio

³⁸⁸ Idem, *idem*.

STJ de revisitar o tema nas questões atinentes a benefícios previdenciários e ações regressivas por parte do INSS.

Assim, verifica-se que o tema ainda pode ser amplamente estudado e desenvolvido, como tem sido feito pela jurisprudência italiana recentemente, e que se espera que os julgados das cortes nacionais passem a dar uma maior ênfase técnica ao assunto, seja na análise das novas demandas referentes à seguridade social, seja em qualquer outro caso.

7. REFERÊNCIAS

BAGINSKA, Ewa. Compensation for property damage in motor third party liability insurance. **Insurance Review**, n. 4, 2014. p. 82. Disponível em: www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/WU/4%202014/WU%204-2014%2007%20en%20baginska.pdf. Acesso em 15 de novembro de 2022.

FERRARI, Mariangela di. I nuovi confini dela "*compensatio lucri cum damno*". Il diritto degli affari.it. 26 luglio 2014.

GALLO, Paolo. *Compensatio lucri cum damno* e benefici collaterali. Parte prima: la *compensatio lucri cum damno* e le sue trasformazioni. **Rivista di Diritto Civile**. Anno LXIV – v. 3, p. 856-892.

LEITE CABRAL LOUREIRO COUTINHO, L.; BRADLEY DOS SANTOS DIAS, L. O.; DE ALMEIDA TÁVORA, R.; STÜSSI NEVES FORTES DE ABREU, T. Notas acerca dos contornos teóricos e pragmáticos da *compensatio lucri cum damno*. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 84–118, 2022. DOI: 10.56119/rcabdc.v4.63. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/63>. Acesso em: 21 de novembro 2022.

MESSNER, David. **Deduction of benefits in European tort law**. July 20, 2022. Graz Law Working Paper No. 10-2022, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4168247> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4168247> - Acesso em 15 de novembro de 2022.

MORAES. Renato Duarte Franco de. **Enriquecimento sem causa: e o enriquecimento por intervenção**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 371-384.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 328-337

NANNI, Giovanni Ettore. Desconto de proveitos ("*compensatio lucri cum damno*"). In: PIRES, Fernanda Ivo (Org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Anotnio Carlos; MARTINS,

Fernando Rodrigues; ROSEVAL, Nelson (Coord.) **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 281-292.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado** [livro eletrônico]. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão. **Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã**. Monografia de conclusão de curso apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

PEREIRA, Rui Soares; e PACÔME, Ziegler. Chapter 13: Damages and Interest. In: FONSECA, André Pereira da; VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, et al (eds.) **International Arbitration in Portugal**. Kluwer Law International, 2020, p. 209-238.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Obrigações**, vol. II, cit., p. 430.

SILVA, Jeniffer Gomes da. *Compensatio lucri cum damno*: qualificação e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Ano 2, 2020, p. 698-721.

SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 281-312, out./dez/ 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno*: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 90, p. 91-145, jun. 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno* direito brasileiro: estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o pagamento do DPVAT. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 139-165, abr./jun. 2018.

SPADA, Carlotta. The equalisation of benefits (*compensation lucre cum damno*) in the Italian Law. A possible inspiration for other European member States? **European Review of Private Law**. Kluwer International, 3-2020, p. 665-682.

VENCHIARUTTI, Angelo. Four judgments of the Sezioni Unite of the Italian Court of Cassation on the compensation lucre cum damno. **European Review of Private Law**. Kluwer Law International, 2020.

EFEITOS DA VIGILÂNCIA GOVERNAMENTAL E MANIPULAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DA OBRA LITERÁRIA 1984

BRENDA MARINHO BOTELHO:
Graduanda em Direito pela Universidade de Gurupi - UnirG ³⁸⁹

DIEGO AVELINO MILHOMENS NOGUEIRA³⁹⁰

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa expor algumas reflexões oriundas da obra literária, 1984 do escritor George Orwell, de maneira a contrastar o romance com a sociedade brasileira no que tange sobre as formas de vigilância por parte do Estado, com respeito à violação da privacidade de dados pessoais, propagação de notícias através das mídias sociais e seu poder de influência. Sabe-se, que não há vida digna se o indivíduo não pode manifestar seus desejos, convicções e é claro se não possui sua privacidade preservada. A metodologia utilizada nesta pesquisa é uma abordagem valorativa de caráter bibliográfico em conjunto com o comparativo e dedutivo, sendo o próprio livro ilustrado, através da abordagem das monitorações realizadas pelas "teletelas" que é uma tecnologia de telecomunicação bidirecional descrita na obra. Por fim, importa demonstrar que o intuito desta pesquisa é comparar suas estruturas de poder e controle midiático presentes na distopia de George Orwell valendo-se da Constituição Federal e Código Civil.

Palavras chaves: Privacidade. Estado. Obra. George Orwell.

ABSTRACT: This article aims to expose some reflections from the literary work, 1984, by the writer George Orwell, in order to contrast the novel with Brazilian society regarding the forms of surveillance by the State, with respect to the violation of data privacy. personal information, propagation of news through social media and its power of influence. It is known that there is no dignified life if the individual cannot express their desires, convictions and, of course, if their privacy is not preserved. The methodology used in this research is an evaluative approach of a bibliographic character together with the comparative and deductive, being the illustrated book itself, through the approach of the monitoring carried out by the "teletelas" which is a bidirectional telecommunication

³⁸⁹ E-mail: brendambotelho@unirg.edu.br

³⁹⁰ Procurador do Município de Gurupi-TO. Advogado. Pós-graduado em Advocacia Pública Municipal, Licitações e Contratos Públicos Municipais. Vice-Presidente da Comissão de Valorização das Procuradorias Municipais da OAB/TO. Professor de Direito Administrativo e Metodologia da Pesquisa Jurídica II na Universidade Unirg de Gurupi.

technology described in the work. Finally, it is important to demonstrate that the purpose of this research is to compare their structures of power and media control present in George Orwell's dystopia using the Federal Constitution and Civil Code.

Keywords: Privacy. State. Constructions. George Orwell

Sumário: 1. Introdução; 2. Estado x Grande Irmão; 2.1. Ministério do Amor x Jurisdição Constitucional; 3. 2+2= 5; 4. O Grande Irmão está de olho em você; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa advém das análises e reflexões sobre o livro 1984, que foi publicado em 1949 e tem por escritor o inglês Eric Arthur Blair (1903-1950), cujo se utilizava do pseudônimo de George Orwell. O livro é uma distopia e desenrola-se em um superestado denominado Oceania que está sempre em guerra com outros três continentes. O enredo da obra se desenvolve por meio dos relatos do personagem Winston, que mora em uma cidade que já foi chamada de Londres e que é palco de uma sociedade totalmente alienada governada por um regime totalitário de um Partido que é o único órgão político atuante.

O Partido descrito na obra é liderado por uma figura intitulada Grande Irmão ("Big Brother") que espia a rotina e as relações interpessoais dos cidadãos. A vigilância ocorre por um instrumento descrito como "teletelas" que existem em todas as casas, elas se assemelham a placas metálicas retangulares e são embutidas nas paredes, que possuem a função de enviar imagens de propaganda para os telespectadores e captar tudo o que eles estivessem fazendo, até mesmo um simples ruído. Ademais, existiam microfones ocultos nas ruas e pequenos helicópteros (drones) que filmavam dentro das casas, ou seja, não havia privacidade. As pessoas que não obedeciam às ideologias do Partido eram entregues à "Polícia do Pensamento" cuja função era descobrir e punir o crime de pensamento.

As principais organizações governamentais do livro são divididas em quatro, o Ministério da Verdade, que é responsável pelas notícias e entretenimento (departamento onde o personagem Winston labora modificando notícias, dados, livros antigos conforme a vontade e verdade do Partido); o Ministério da Paz que é responsável pela guerra; o Ministério do Amor que aplica as leis e zela pela ordem; e o Ministério da Pujança, que administra as questões referentes à economia. Havia diversos cartazes espalhados pela cidade com a frase "O Grande Irmão zela por ti", além de outros três lemas: "Guerra é Paz, Liberdade é Escravidão, Ignorância é Força". Percebe-se, aqui, um regime extremamente manipulador e totalitário onde não existe democracia e liberdade visto que o Partido procura exercer controle total sobre a vida das pessoas, eliminando totalmente a privacidade delas.

É de suma importância mencionar que no período hodierno existem regimes políticos autoritários como o mencionado no livro, pode-se exemplificar China, Cuba, Oriente Médio e Coréia do Norte. A semelhança entre o regime adotado no livro e o governo da Coréia do Norte é alarmante, pois lá em cada domicílio e escritório, há uma caixa de som na parede que ao tocar a rádio estatal, desperta todos com um sinal coletivo, a comida e roupa vêm do governo, às 21 horas, todos já estão em casa e ninguém tem acesso total à internet. O Partido Comunista da China também sustenta um rígido controle da internet, os conteúdos são restritos e os sites de busca só retornam com resultados permitidos pelos censores.

Nesse sentido, este trabalho torna-se relevante, pois busca analisar dois contextos, o fictício descrito no livro e o real, a qual terá como base a sociedade brasileira. Esta pesquisa tem o pretexto de observar o controle, manipulação e poder do Estado, pois a fiscalização constante e a distorção de dados são recursos de dominação que ainda perduram nos dias atuais. Michel Foucault um filósofo contemporâneo, acreditava ser possível a luta contra padrões de pensamentos e comportamentos, mas impossível se livrar das relações de poder, para concretizar este pensamento ele utilizou de três técnicas, que são elas: do discurso, do poder e da subjetivação, já John Stuart (2018) afirma que a liberdade individual é uma proteção individual contra a tirania dos governantes.

Nessa vertente, Enio Waldir alega:

Ao vencer a alienação o indivíduo se sente emancipado: é o homem vivendo sua dimensão humana em plenitude sem coação ou coerção, aprimorando cada vez mais os aspectos da igualdade. (SILVA, 2021, p.108)

O cidadão usufruir de sua liberdade com plenitude é mais que uma evolução natural das ações dos homens ou regalias, mas sim um direito primordial como preconiza o Pacto de San José da Costa Rica que foi criado em 1978 e busca estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana. Trazendo a temática para a contemporaneidade brasileira, notam-se vários direitos estabelecidos na Constituição Federal, como os princípios da Liberdade de Expressão, Manifestação do Pensamento e da Liberdade de Informação que são de suma relevância, pois são oriundos do final do período da ditadura militar. Esses princípios preservaram as bases do Estado Democrático de Direito, ofereceram à garantia de direitos e liberdades que estão ligados diretamente às vidas privadas dos cidadãos brasileiros, as suas honras e imagens.

Quiroga Lavié (1993) afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a

subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Além disso, este artigo também visa abordar sobre as designadas “fake news” que são notícias com conteúdo propositalmente falso, geralmente usado com interesses escusos, como benefícios econômicos ou políticos.

Conforme artigo sobre o tema:

Com efeito, as fake news correspondem a uma espécie de “imprensa marrom” (ou yellow journalism), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, sempre com a intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira (mediante receitas oriundas de anúncios), política ou eleitoral (CARVALHO; KANFER, 2018).

No cenário atual, as fake news são propagadas principalmente pelas mídias sociais, e não somente pelo Estado como é retratado no livro. No entanto, as notícias inverídicas passaram a ser vistas pela população brasileira como as principais armas de fraude do processo político e uma ameaça à democracia. Contudo, a legislação brasileira ainda não tipifica esse crime, o que torna essa pesquisa ainda mais relevante.

2 ESTADO X GRANDE IRMÃO

É sabido que estamos sendo vigiados constantemente através dos nossos instrumentos de navegação como “computadores e celulares”, seja em nossas interações escritas, visualizadas, filmadas ou faladas. “O Grande Irmão está Observando Você”, é a frase mais utilizada na narrativa de “1984”, e desde a publicação do livro, o termo “Big Brother” adquiriu novos significados, na atualidade pois o termo vem sendo usado como sinônimo de abuso de poder por parte do governo, especialmente em relação aos direitos civis, e também descrever tentativas de aumentar a vigilância sobre os cidadãos. O Grande Irmão, descrito no livro, é um líder que todos devem idolatrar, obedecer e respeitar, sem nenhum tipo de questionamento e esta figura política pode ser associada como o Estado, com o seu poder e influência na opinião pública. Vejamos um trecho em que a influência do Partido fica cristalina.

Não havia um só pensamento que não fosse um lema e nem uma única cretinice, absolutamente nenhuma, que ela não fosse capaz de engolir se o Partido oferecesse. (Orwell. 2021, p.76)

Neste sentido, Hannah Arendt (2009) descreveu que Adolf Hitler, um dos líderes mais carrascos existentes, utilizou-se do fascínio e influência política sobre sua figura mitológica para conquistar o apoio nas urnas que o levou ao cargo de Chanceler na Alemanha com facilidade. Após isso ele convenceu os Alemães a realizarem e deixarem realizar as maiores

atrocidades da história, como a Eutanásia Viva de 1939, Leis de Nuremberg, Massacre de Babi Yar e a criação dos Campos de Concentração local em que os judeus além de executados também tinham sua mão de obra explorada ao máximo.

Pode-se notar que a influência de um governante acompanhada com estratégia política de dominação consegue se sobrepôr à racionalidade com grande simplicidade. Nesse contexto, Celso Lafer (1988) explica que o Direito Público no Brasil está ligado à Democracia, já que essa se caracteriza pela publicidade e visibilidade do poder, elementos importantes para permitir o controle, pelos governados, na conduta dos governantes. Para que esse controle nas condutas dos governantes seja concretizado, ou seja, para que os cidadãos participem da esfera pública de forma direta, o Direito à informação e uma liberdade democrática é de suma importância. Distintivamente da realidade de 1984, onde tudo que existe é a submissão da inteligência e o autoritarismo, levando seus cidadãos a um estado de confusão mental. A pessoa comum da obra encontra-se em um ciclo de dopamina alta, consumindo cotidianamente o Gim que o partido oferece sem acesso a qualquer informação que as leve a pensar sobre a própria vida e sem nenhuma participação política.

Dessa maneira, de forma paradoxal, o Brasil tem seu regime de Estado especificado no art. 1 da Constituição Federal como Estado Democrático de Direito, já o art. 60, § 4, CF, preconiza sobre o que não pode ser alterado na Constituição, sendo elas, “a forma federativa de Estado, ou seja, não poderá ser alterado o modelo de Estado estabelecido na Constituição; o voto direto, secreto, universal e periódico, visa o direito da população estabelecer as pessoas que devem gerir o governo; a separação dos poderes, garante que o poder estatal não esteja na mão de apenas uma pessoa, assim impossibilitando autoritarismo e perseguições; os direitos e garantias fundamentais, que por sua vez é o pilar da democracia no Brasil.

2.1 MINISTÉRIO DO AMOR X JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Ministério do Amor descrito no livro era responsável por aplicar a lei e manter a ordem. O título denota uma ideia de paz e apoio por parte do Estado mas na verdade é só uma metáfora uma vez que este departamento lida diretamente com quem se vira contra o Partido, julgando, torturando e fazendo constantes lavagens cerebrais. O Ministério do Amor era o mais temido, vejamos:

O Ministério do Amor era o mais temido. Nele não havia nenhuma janela. Winston nunca tinha estado lá dentro, nem a meio quilômetro de distância. Era um lugar de acesso impossível. (Orwell. 2021, p.12)

Seguindo essa linha, qualquer conduta que fosse discordante ao Partido deveria ser combatida, sendo algumas penalizadas até mesmo com a morte. Não existia lei, nem Constituição, apenas as ideologias inquestionáveis do Partido e o Grande Irmão.

Na maioria dos casos não havia julgamento nem notícia da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam no breu. Seu nome era removido dos documentos, todos os registros eram eliminados, sua antiga existência era negada e, depois, esquecida. Você era abolido, aniquilado. (Orwell. 2021, p. 31)

Neste íterim, analisando o contexto do Estado Democrático de Direito no Brasil, percebe-se a figura do Juiz de Direito que agirá segundo os preceitos da lei, constitucional e ordinária, por atender aos respectivos requisitos de habilitação, proferindo as decisões nas demandas e aplicando as penalidades necessárias. Os magistrados precisam ler o texto da Constituição brasileira e saber explorar as tensões entre o texto e o contexto, para evitar o contraste entre o ideal e o real, entre a inclusão e a exclusão, e de forma alguma agir em contrapartida ao estabelecido na legislação respeitando o devido processo legal e o direito do contraditório.

Dessa forma, à jurisdição constitucional brasileira, na figura do Supremo Tribunal Federal, compete a satisfação de interesses jurídicos e socialmente relevantes. No exercício de sua função jurídica e política, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de ser o guardião de nossa Constituição, assegurando o seu fiel cumprimento e os valores políticos dela depreendidos. Desse modo, o Poder Judiciário deve estar aberto para uma nova forma de atuação, que invariavelmente estará revestida de uma dimensão política e social que poderá nos levar à superação de processos de total descrença nas normas constitucionais, possibilitando a inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos.

Posto isto, identifica-se que há a atuação do Estado brasileiro na vida de seus cidadãos. Esta atuação acontece porque o Estado precisa intervir sempre em defesa da coletividade, como também do indivíduo, devido ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. Então, como mencionado antes, admite-se que o Estado brasileiro interfira para consecução dos ditames constitucionais, e o fará por meio das normas constitucionais, dado que existe um limite da intervenção estatal em virtude da autonomia do direito de liberdade das pessoas, diferentemente do que acontece na distopia 1984, pois curiosamente nessa sociedade distópica nada era ilegal, justamente por não haver leis.

Por outro lado, o partido na obra literária sempre induz as pessoas a pensarem coisas contraditórias, para que dessa forma possa controlar suas mentes e subordiná-las ao regime. Como será abordado no próximo tópico, excitar o pensamento absurdo é uma eficaz forma de asseverar o controle. Desse modo, na concepção de Blackburn (1997) o poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter

certo resultado. Mediante o exposto, conclui-se que o resultado esperado pelo governo autoritário do livro é alinhar qualquer conduta e pensamento contrário ao regime, a crime, que serão punidos pelo Ministério do Amor, como aconteceu com o personagem Winston que sofreu tortura e lavagem cerebral durante meses por ter ido contra as ideologias do partido.

3. 2+2= 5

No que tange a atualidades, pode-se afirmar que as fakes news ganharam uma imensa repercussão nas mídias sociais, em especial em relação ao período eleitoral brasileiro no ano de 2022, assim como ocorreu na campanha presidencial norte-americana de 2016, o que se equipara às propagandas governamentais de 1984. De acordo com Allcott e Gentzkow, fake news são “notícias que são intencionalmente falsas, que podem confundir seus leitores” (2017, p. 213).

Na obra literária, as notícias, dados históricos e estatísticos são manipuladas cotidianamente para que tudo parecesse apropriado, ainda que a situação estivesse intolerável, tendo como lema “Quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado”. Dessa maneira, a realidade é confeccionada e editada pelo Partido.

A realidade existe apenas na mente do Partido, que é coletiva e imortal. Tudo que o Partido reconhece como verdade é a verdade. É impossível ver a realidade se não for pelos olhos do Partido. É esse o fato que você precisa reaprender, Winston. (ORWELL, 2009, p. 292)

Portanto, o Partido monitora todos os meios de informação, regulando e reescrevendo o conteúdo de todos os jornais e demais fontes históricas para seus próprios fins. O Partido não permite que os indivíduos preservem recordações de seu passado, como fotografias, documentos ou anotações, produzindo um buraco na memória de todos. Como consequência, as memórias das pessoas tornam-se confusas e imprecisas, e os cidadãos convertem-se em acreditar e aceitar em tudo que o partido propaga. Identifica-se que uma das principais estratégias de manipulação da opinião pública adotada pelo é a Janela de Overton.

Desse modo, o Grande Irmão monitora seus subalternos por meio de dados inexistentes e incitação psicológica planejados estrategicamente para asoberbar a capacidade da mente de um pensamento independente e questionador. Nessa toada, ao analisar o contexto histórico ao que concerne sobre manipulação pública, Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha Nazista escreveu a seguinte frase “Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade” pois os nazistas previam que, para alterar a

aprovação das pessoas, seria fundamental atuar no campo das ideologias e por isso foi elaborado o Ministério da Propaganda.

O personagem central do livro, Winston Smith, trabalhava no Ministério da Verdade e era um dos incumbidos de redizer o passado, apagando todas as referências dos fatos históricos através da inserção de novas informações, reparando metas de produtividade econômica governamentais não atingidas, para que fossem divulgadas como bem-sucedidas.

Assim sendo, se uma narrativa passa a ser disseminada em uma grande velocidade, de uma forma constante e repetitiva, logo pode chegar a escala nacional, sendo aceita pelos telespectadores com uma sensação de familiaridade. Consequentemente, ao se disseminar notícias falsas algumas ferramentas são utilizadas para amplificar o engajamento e impacto nas pessoas. Assim, essas notícias normalmente têm um cunho sensacionalista, com manchetes de palavras fortes e dramáticas, a fim de atrair a atenção, insatisfação e indignação do receptor.

Paralelamente na distopia de Orwell, as fake news infringem dados reais e entram em conflitos de direitos todos os dias, pois fatos são modificados com intuito de instigar os cidadãos ao erro. Contudo, no que tange a esta temática no Brasil, mesmo o direito brasileiro não possuindo uma tipificação penal, quem comete a disseminação de notícias ilusórias pode ser responsabilizado por calúnia, difamação e/ou injúria conforme artigos 138, 139 e 140 214 do Código Penal brasileiro. Ademais, algumas redes sociais como Facebook e o WhatsApp também possuem medidas para o combate às fake news.

Averigua-se que as pessoas que viviam sob o comando do Grande Irmão não podiam explorar a própria mente ou até mesmo questionar. No livro, o governo sabe que as notícias falsas têm uma amplitude superior às verdadeiras e usa isso como um meio legal de manipular os cidadãos. Assim, constata-se que um regime ditatorial que aproveita-se da fraude de dados por meio da mídia e história é totalmente prejudicial, pois descaracteriza a forma como as pessoas compreendem a realidade, abstando-as de sua habilidade de constatar o monitoramento imposto pela política totalitária, de tal modo que as pessoas fiquem desordenadas e não confiáveis, acreditando em tudo o Estado julga certo e conveniente.

4 O GRANDE IRMÃO ESTÁ DE OLHO EM VOCÊ

Ao analisar-se 1984, nota-se que o Grande Irmão é uma fonte de terror e simultaneamente de salvação. Esse título de irmão mais velho conquistou sua posição que exige extrema obediência e devoção de todos. "Ele está de olho em você", ele condena, mas também protege. Esta figura fictícia é manuseada pelo partido como forma de

proteção e patrulhamento que refere-se a um poder que nunca muda de mãos. Neste sentido, Foucault pontua que:

O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um "chefe", é o aparelho inteiro que produz "poder" e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. (FOUCAULT, 1987, p. 148)

Dessa forma, no panóptico "1984", o Partido utilizava estratégias para ter controle social sob o domínio do Grande Irmão por meio da eliminação da privacidade e intimidade dos cidadãos. Como já exposto, a ferramenta utilizada para efetivar a vigilância, eram as teletelas que eram ligadas sem interrupção nas residências, que, enquanto divulgavam estatísticas governamentais, conseguiam captar imagens e sons daqueles que residiam no ambiente. É relevante expor que toda essa fiscalização governamental era totalmente legal, pois fazia parte do cuidado do Grande Irmão. Analisando-se a temática e comparando-a com a legislação brasileira em vigor, nota-se várias discrepâncias.

A Constituição Federal de 1988, visa uma ordem constitucional direcionada ao desenvolvimento da personalidade humana com o intuito de garantir as liberdades dos indivíduos. Com esse escopo, em seu texto constitucional é garantida a dignidade da pessoa humana com base no Estado Democrático de Direito, preconizado no artigo 1, sucedido dos direitos e garantias fundamentais. Diante dos direitos fundamentais, tem-se a previsão da manutenção da vida privada, no artigo 5º, X, que é como uma premissa para o exercício das demais garantias, em outras palavras, sem a privacidade constitucionalmente prevista, poderia se tornar impossível gozar dos outros direitos individuais. Ademais, o direito à vida privada é reconhecido também no art. 21 do Código Civil: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Pode-se afirmar que tanto a intimidade e privacidade são direitos extremamente subjetivos e sensíveis, pertinentes à pessoa física e, em muitos casos, aplicável também à pessoa jurídica na atualidade brasileira. Contudo, em 1984 apesar de não dispor nenhuma lei ou regra específica, os habitantes, exemplificados por Winston, possuem noção do que é almejado de suas condutas e aparência, distintivamente do que ocorre no Brasil. Todavia o Estado no Brasil detém algumas informações e dados de seus cidadãos, pode-se exemplificar a renda das pessoas por meio do controle das declarações de renda apresentada, o score e acesso às atividades eleitorais. A diferença é que existe um limite

de acesso aos dados e informações dos brasileiros, e esse extremo é necessário porque a Democracia preserva a pessoa humana, resguardando, portanto, sua intimidade.

A história descrita no livro 1984 não está distante do período hodierno, pois no contexto atual as telas não só divulgam mensagens, como também podem absorver nossos dados e informações. Embora exista a sensação, ocasionada por tantas telas, de constante vigilância que é compartilhada na perspectiva distópica, encontra-se uma grande diferença entre a ficção e a realidade. Nos dias atuais, todo o fornecimento de dados é oferecido de livre vontade das pessoas através das mídias sociais, saindo o Grande Irmão do comando e colocando cada um de nós no controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, o referido trabalho analisou a obra literária 1984 em comparação a legislação vigente brasileira, no que tange a manipulação de dados (fake news) e a privacidade das pessoas. No livro, Orwell gerou um estado ditatorial, muito semelhante com o período da ditadura militar brasileira, divergindo a distopia da referida época citada, por conta do uso exagerado de tecnologias para concretizar a supervisão e controle sobre a vida dos cidadãos. O Grande Irmão era a fonte do medo e paralelamente a fonte da provisão de todos. Através do discurso que trabalhava em prol do bem coletivo, o Estado tinha em suas mãos o controle da vida de todos.

Dessa maneira, como já foi mencionado, o direito à privacidade e intimidade no Brasil, são direitos fundamentais e irrenunciáveis, divergindo-se da distopia em que a vida íntima não existe de nenhuma forma. Além do mais, ao decorrer da pesquisa percebeu-se que o Partido utilizava-se de fake news para manipular as pessoas. O exemplo dado na distopia, como também foi citado em um de nossos tópicos, é $2+2=5$. No livro, as pessoas não questionam mais as leis universais da matemática, que tornam esse cálculo impossível, porque se o Governo ditou, que o resultado da adição é 5, está dito. Não importa o que é dito, importa quem disse. Nota-se com clareza o que um regime governamental totalitarista pode fazer.

Todavia, ainda não possui nenhum tipo penal que descreva o que é fake news, ou seja, não há no Brasil crime denominado fake news, apenas alguns tipos penais que comprimem condutas sobre notícia falsa há muitos anos no Código Penal. Pode-se exemplificar os crimes contra a honra. Portanto, certifica-se que tamanha invasão de privacidade e manipulação de dados como a da obra de Orwell impossibilita o pensamento livre dos cidadãos e obstaculiza a capacidade de alguém questionar o que é promulgado pela ideologia dominante, fazendo-os assim, alvos fáceis de manipulação e controle.

Nesse vértice, o controle exacerbado no romance 1984 desnuda os perigos a que uma população inteira está exposta quando a manipulação opera em prol de políticas totalitárias que excluem a intimidade e o livre pensamento de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Fake news é crime no Brasil?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6180, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82580>. Acesso em: 2 jan. 2023.
- ALLCOTT, H.; GENTZKOV, M. (2017) "Social media and fake news in the 2016 election". Disponível em: <https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>. Acesso em 30 dez. 2022.
- ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ALVES, E. F.; FERREIRA, G. D. 1984, de George Orwell, a manipulação da linguagem e o materialismo Lacaniano. Travessias, Cascavel, v. 12, n. 2, p. 28–43, 2018. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/20068>. Acesso em: 5 jan. 2023.
- BITTENCOURT, Ana Cristina. 24h de ódio na teletela interativa: Vigilância, ódio, guerra e fake news hoje e em 1984, de George Orwell. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10083/3/ABittencourt.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.
- BRASIL PARALELO. Conheça o Clássico 1984, de George Orwell, livro que permanece surpreendentemente atual. Disponível em: <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/resumo-livro-1984-george-orwell>. Acesso em: 2 jan. 2023.
- BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CARVALHO, Gustavo Arthur Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O tratamento jurídico das fake news. Artigo publicado no sítio eletrônico Jota, em 08.03.2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

Derecho constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Patrícia Campos. A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

Mill, J. S. Sobre a Liberdade: Grupo Almedina (Portugal), 2018. p. 27.

RODRIGUES, Marcelo. Liberdade de expressão e fake news. São Paulo, Junho.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328874/liberdadede-expressao-e-fake-news>. Acesso: 2 jan 2022.

SILVA, Daniel Neves. "Holocausto"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/holocausto.htm>. Acesso: 2 jan 2023.

Silva, E.W. D. Sociologia Jurídica: Editora Unijuí, 2021. p. 108

_____. Vigiar e punir: Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

AGÊNCIAS REGULADORAS E DESLEGALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DA ADI 1668 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PEDRO BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).³⁹¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise das agências reguladoras, entidades integrantes da Administração Pública indireta, em sua competência normativa, estabelecendo um paralelo com o fenômeno da deslegalização, termo em crescente ascensão em vista da corrente de desburocratização da Administração. Para tal, imperioso analisar entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina correlata.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Deslegalização. Competência normativa.

Abstract: This work aims to analyze the regulatory agencies, entities that are part of the indirect Public Administration, in their normative competence, establishing a parallel with the phenomenon of delegalization, a term on the rise in view of the stream of debureaucratization in the Administration. To this end, it is imperative to analyze the understanding of the Federal Supreme Court and the doctrine.

Keywords: Regulatory Agencies. Delegalization. Normative competence.

Introdução

As agências reguladoras são importantes para a atuação do Poder Executivo. Espécies do tipo autarquias, são integrantes da Administração Indireta. Sua atividade é regulatória de setores importantes para a vida em sociedade, eis que regulam as atividades dos particulares que exercem serviços públicos, bem como dos que exercem atividades econômicas em sentido estrito.

Essas detêm algumas prerrogativas conferidas por lei que lhes conferem o título de autarquias sob regime especial, isso para lhes permitir a atuação tecnicamente correta. Dentre o espectro de autonomia concedida, é de se destacar a autonomia normativa, sendo através da elaboração de normas que essas regulam o setor do mercado respectivo.

Essa autonomia é mister para que haja a regulação técnica do setor. Isso porque do contrário haveria uma constante pressão das forças políticas para que a regulação se desse

391

num ou noutro sentido, o que fosse mais benéfico para os *fatores reais do poder*. Assim, essa autonomia possibilita que sejam produzidas normas tecnicamente elaboradas, sendo essa razão de ser das próprias entidades. Se não, haveria uma regulação qualquer através da produção de leis, e apenas quando necessário.

O presente trabalho, através de uma análise legal, jurisprudencial e, principalmente, doutrinária, se presta a analisar a natureza jurídica e amplitude da capacidade regulamentar dessas entidades, bem como das demais espécie de autonomia a que se sujeitam.

1 Agências Reguladoras

Inicialmente, é de se destacar que as agências Reguladoras são espécies de autarquias, que, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito público que exercem atividade típica de Estado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, criadas por lei específica para exercerem tal atividade típica de Estado.

Se submetem ao regime dual administrativo que engloba tanto as limitações, a exemplo da obrigatoriedade de licitação, quanto as prerrogativas, como o prazo processual em dobro.

Vale salientar que se diz regime dual porque o regime jurídico administrativo abrange as limitações a que está submetida a Administração, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, bem como as prerrogativas, que são expressas em razão da supremacia do interesse público sobre o privado, algo natural, eis que o patrimônio público é o que viabiliza a gestão da vida em coletividade pelo Estado.

Ato contínuo, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, conceito que inclui igualmente as agências executivas, autarquias fundacionais e as associações públicas. Essas são autarquias que gozam de algumas características de distinção em relação às demais autarquias. Em relação às agências reguladoras, mais especificamente, é imperioso tecer sua origem histórica.

Elas foram criadas diante do quadro de privatizações ocorridas no governo de Fernando Henrique Cardoso, passando a ser as responsáveis pela fiscalização dos particulares que exerciam serviços públicos, bem como dos que exerciam atividades econômicas em sentido estrito. Nesse diapasão, se percebe que exercem atividades típicas de Estado, daí porque classificadas como autarquias especiais.

A criação dessas entidades teve início na década de 90, com um viés de fortalecer a diminuição da intervenção estatal na economia, ideias liberais, portanto. Houve uma espécie de inspiração no modelo norte-americano, mas com uma ressalva.

É que lá as agências foram criadas no meio da Grande Depressão de 1929, tendo como precursor a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. O mercado se viu impossibilitado de se reerguer por si, necessitando, portanto, de uma ajuda estatal no sentido de impossibilitar que os motivos que levaram à crise continuassem existindo. Assim, “o Estado norte-americano utilizou-se do modelo das agências reguladoras para promover uma intervenção enérgica na ordem econômica e social, corrigindo falhas de mercado”³⁹².

Dessa forma, a ressalva a ser feita, que mais é uma contradição, é que, em que pese o modelo adotado pelo Brasil tenha se inspirado no norte-americano, em nada se identificam no pressuposto de existência. Enquanto lá as agências se criam num momento de fortalecimento do Estado, e mais intervenção, portanto, num sistema que adotava o modelo abstencionista – em que não há, ou há minimamente, a intervenção do Estado na economia –, no ordenamento pátrio, elas o fazem num período em que há diminuição de intervenção estatal na economia, antes intervencionista, buscando uma regulação leve, apenas do indispensável.

Ato contínuo, a configuração dessas agências como autarquias em regime especial se dá pelo reforço de sua autonomia em relação ao Ente a que está vinculada. A razão de ser é a despolitização, de forma a assegurar uma maior segurança jurídica no setor, em razão do tratamento técnico das normas pertinentes, além de conferir uma imperiosa celeridade nas elaborações, para não tornar inoperantes as normas em relação ao mercado. Isso porque o mercado é muito rápido, e as leis que lhe regulam, para que sejam eficientes, não de ser igualmente elaboradas de maneira célere.

A lei de regência, em nosso ordenamento, é a lei de nº. 13.848/19, cujo teor do art. 3º expressas as diferenças na entidade. É de se colacionar o artigo:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Essas entidades concentram poderes das mais diversas ordens: normativos, administrativos e judicantes. Os primeiros são caracterizados pela prerrogativa de editar atos normativos, que deverão ser seguidos pelo setor econômico. Os administrativos, pelo

³⁹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 89.

inerente poder de polícia exercido – trata-se de atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público. As habilidades judicantes se mostram na competência para resolver embates entre os agentes regulados – o que fortalece, inclusive, o sistema de justiça multiportas, eis que promove a autocomposição dos problemas.

Observe que não há enumeração de atividade legislativa nem jurisdicional: a elaboração da norma primária, geral e abstrata segue à cargo do Legislativo, bem como a capacidade de dar a última palavra aos conflitos, fazendo coisa julgada, segue nas mãos do Judiciário.

As agências podem ser dos mais variados tipos. Podem ser, conforme já mencionado, reguladoras de serviços públicos concedidos, à exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), ou de atividades econômicas em sentido estrito, como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

A depender do Ente que a instituir, podem ser federais, vinculadas à União, estaduais, vinculadas aos Estados, distritais, vinculadas ao Distrito Federal, ou municipais, quando vinculadas aos Municípios. O que nos permite afirmar que todos detêm capacidade para criá-las.

Ainda, ao mesmo tempo que podem regular uma atividade apenas, seja um serviço público concedido ou econômica, sendo monosssetoriais, também conseguem ser plurisssetoriais, regulando diversas atividades ao mesmo tempo, qualquer seja sua natureza.

Segundo Rafael Oliveira, “o ideal é a instituição de agências monosssetoriais, dotadas de maior especialização, o que permite maior eficiência na regulação do setor”³⁹³.

1.2 Regime Jurídico aplicável

Em primeiro ponto, é de se apontar a autonomia administrativas inerente às entidades. Nos dizeres do supramencionado art. 3º, essa se mostra, inicialmente, pelo reforço da estabilidade dos seus dirigentes. O art. 5º da lei de nº 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências aqui estudadas, alterado pela lei já citada, de nº. 13.848/19, estabelece:

Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos

393 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 91.

da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas;

c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; e

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

O mandato será a termo, com duração de 5 anos, e não coincidirá com o do agente político. É impossível a sua exoneração imotivada, ou *ad nutum*, de forma que o dirigente só poderá perder o seu cargo por renúncia, sentença judicial transitada em julgado e processo administrativo com observância da ampla defesa e contraditório.

Vale ressaltar que há uma divergência doutrinária em relação à não coincidência do mandato dos dirigentes em relação ao agente político que lhe nomeia. Celso Antônio Bandeira de Mello entende pela inconstitucionalidade, por violação ao princípio republicano, que pressupõe a temporariedade dos mandatos³⁹⁴. É que o dirigente

³⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª Edição. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 168.

nomeado seguirá no cargo mesmo diante da troca de governo, configurando uma manutenção do governante passado, que não mais ocupa a chefia do Poder Executivo.

Todavia, não merece prosperar esse argumento, tendo em vista que o objetivo da regulação é, exatamente, despolitizar o setor. Além do que o chefe do Executivo, que faz a nomeação, não exerce formalmente poder de gerência e pressão – tendo em vista a vedação à exoneração *ad nutum*. Não há como argumentar pela manutenção de um governo se esse não exerce formalmente a condução dessas entidades.

A participação do Executivo e Legislativo nas nomeações encontra limites na própria lei de nº. 9.986/00, de forma a corroborar o fundamento da despolitização do setor, tornando imperioso citar o artigo:

Art. 8º-A. É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada:

I - de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos;

II - de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora;

V - de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990;

VI - (VETADO);

VII - de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

Parágrafo único. A vedação prevista no inciso I do caput estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

Os dirigentes que saírem do cargo deverão passar por uma quarentena, também prevista na legislação. Ficam impedidos de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pelo prazo de seis meses, contados da exoneração ou término do mandato, assegurada uma remuneração compensatória, sob pena de inviabilizar a manutenção econômica do agente no período estabelecido.

Outro fator que reforça a autonomia administrativa é a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio. Esse, por sua vez, é a possibilidade de, no âmbito do processo administrativo, haver pedido de revisão de decisão que será analisado por pessoa jurídica diversa da que proferiu a decisão. Daí porque *impróprio*: é que não há hierarquia na relação entre as pessoas jurídicas envolvidas, mas será analisado como se houvesse (por pessoa jurídica *superior*).

O descabimento se justifica pela necessidade de decisões técnicas no âmbito das agências reguladoras, de forma que a decisão final há de ser dela, detentora da *expertise* necessária. A possibilidade de revisão por pessoa jurídica diversa acabaria por tolher a autonomia indispensável à finalidade da entidade. Para a doutrina majoritária, a impossibilidade decorre da ausência de previsão na lei específica das agências.

Todavia, a Advocacia Geral da União possui entendimento próprio. Segundo o parecer de nº AC-51, emitido pelo órgão em 2006:

PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I - -O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170).

II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas

em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que

não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001395.

Referido parecer foi aprovado pelo Presidente da República, de forma que, nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar de nº. 73/93, passou a ter efeitos normativos com caráter vinculante para toda a Administração Pública. Segundo ele, portanto, quando os atos das agências extrapolarem os limites suas competências previstas em lei ou regulamento, ou violarem políticas públicas setoriais, ou, ainda, disserem respeito às atividades administrativas, estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio.

Isso com base na direção superior exercida pelo Chefe do Executivo sobre todo o Poder. Mas, ainda nesse pensamento permissivo, não é qualquer ato das agências que se sujeitam ao controle, de forma que as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente, no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei, e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor não se sujeitam ao controle – permanecerão com a decisão final à cargo dos pormenores técnicos das agências.

Segundo Rafael Oliveira,

Em nossa opinião, não cabe recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, em razão da ausência de previsão legal expressa. O recurso hierárquico impróprio é modalidade recursal excepcional só tolerada nos casos expressamente previstos em lei, tendo em vista a sua utilização no bojo de uma relação administrativa em que inexistente hierarquia (subordinação é inerente à estrutura interna das pessoas administrativas e órgãos públicos), mas apenas vinculação (a relação de vinculação existe entre pessoas administrativas).

Assim, é de se entender no sentido da doutrina majoritária, em que pese o argumento contrário, uma vez que, apesar de previsto na Constituição o papel do Chefe do Executivo, é certo que a CF, igualmente, prevê a descentralização administrativa, pela criação das entidades da Administração Indireta, não havendo qualquer relação de hierarquia aplicável ao caso e, sendo imperioso conferir autonomia às entidades criadas.

395 BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer AGU Nº AC-51, de 05 de junho de 2006. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:2006-06-05:ac-51>>. Acesso em 27/01/2023.

Ato contínuo, as agências reguladoras também dispõem de autonomia financeira especial. Isso é corroborado pela possibilidade de criação das *taxas regulatórias*. Sobre essas, muito se discute se têm natureza tributária. A resposta depende de uma análise da atividade desempenhada pela agência.

Será tributo na hipótese de a atividade desempenhada ser a regulação de atividades econômicas, isso porque presentes os pressupostos da criação por lei, obrigatoriedade e o fato gerador decorrer do poder de polícia: trata-se de uma taxa propriamente dita.

Por sua vez, se se tratar do desempenho da regulação de serviços públicos: será tarifa, tendo em vista a natureza contratual da cobrança, bem como não haver desempenho do poder de polícia. Trata-se do exercício do poder disciplinar no âmbito de uma relação especial do particular com a Administração – através do contrato de concessão.

Nesse ponto, é mister colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Não há violação do princípio da legalidade na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação³⁹⁶.

Também há comprovação da autonomia financeira pelo fato de que a proposta orçamentária pertinente à agência será enviada diretamente por essa ao Ministério ao qual está vinculada.

Por fim, e mais importante, temos a autonomia das agências para produção de atos normativos para o setor regulado. Esses, dotados dos aspectos técnicos necessários – que, conforme dito anteriormente, legitimam a própria criação da entidade.

Quanto à amplitude dessa autonomia, a doutrina diverge. É que há quem entenda pela inconstitucionalidade dessa amplitude – é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹⁷, que ressalva a legitimidade da amplitude apenas em relação às agências com fundamento na CF (ANATEL e ANP). A inconstitucionalidade do poder normativo amplo seria baseada na violação à separação dos poderes e ao princípio da legalidade, eis que configuraria

396 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no AREsp 825776/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05/04/2016

397 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 34ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 597.

criação de direitos e deveres por meio de atos regulatórios exercidos em delegação normativa inominada.

Inclusive, a doutrina que assim entende, determina a possibilidade de exercício de poder normativo primário pelo Executivo apenas pelas Medidas Provisórias e Leis Delegadas, com amparo constitucional.

Mas, a doutrina majoritária entende pela constitucionalidade. Isso porque as Agências detêm esse poder normativo, mas devem respeitar parâmetros legais. Nesse sentido, o STF já entendeu pela constitucionalidade:

É constitucional o art. 7º, III e XV, da Lei nº 9.782/99, que preveem que compete à ANVISA:

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

Entendeu-se que tais normas consagram o poder normativo desta agência reguladora, sendo importante instrumento para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. (...) 398

Assim, o poder normativo dessas agências é ínsito à implementação de suas diretrizes, finalidades, objetivos e princípios. A função regulatória é justificada capacidade técnica que elas detêm, inerente à regulação e imperiosa para a normatividade, sua aplicação prática.

1.3 A questão da deslegalização

Segundo Renério de Castro Júnior, "a deslegalização consiste, basicamente, em uma amenização do princípio da legalidade"³⁹⁹. Através desse fenômeno, o Poder Legislativo retira determinada matéria de sua competência para que possa ser regulada por regulamentos, desburocratizando a feitura da norma. Afinal, um mínimo de burocracia é

398 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4874/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 1º/2/2018 (Info 889).

399 CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 95.

inerente ao sistema de feitura das leis. Trata-se de verdadeiro rebaixamento hierárquico da matéria – daí porque atenuação do princípio.

À título de exemplo, o STF entende haver deslegalização ou delegificação em relação ao salário-mínimo: é que se admite o reajuste e aumento por decreto do Presidente, matéria que, à época (anterior ao julgamento do STF) necessitava de lei em sentido formal. Importância ímpar, inclusive, porque é a própria CF que determina a necessidade de lei para tal determinação.

Conforme já dito, a questão da amplitude da autonomia concedida insere-se nessa discussão. É que se deve analisar se há verdadeira inovação jurídica e, ainda, se seria possível haver sem ser por meio de lei.

Em relação às agências, especificamente, a possibilidade de inovação, foi objeto de análise do STF repetidas vezes. Tendo, inclusive, em vista a justificativa de serem elas as detentoras da *expertise* técnica necessária, e de que o legislador ordinário incapaz seria de disciplinar essas questões afetas aos objetivos institucionais dessas entidades.

Todavia, o STF, quando do recente julgamento da ADI de nº. 1668/DF parece ter refutado que, em relação às agências executivas, temos caso de delegação legislativa – ou deslegalização.

Vale salientar, para ressaltar a importância da discussão, que esse era o entendimento da doutrina majoritária, cristalizada por Rafael Oliveira, para quem:

“o fundamento do poder normativo das agências reguladoras seria a técnica da deslegalização (ou delegificação), que significa ‘a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”⁴⁰⁰.

Segundo o STF, é fato que as agências reguladoras desempenham a função ordenadora e fiscalizatória dos setores, e, para tal, implicitamente é concedido o poder de expelir normas – fenômeno inerente à atividade principal. Todavia, tal competência será exercida nos limites de sua atuação e nos limites do arcabouço legal aplicável – como é de se esperar.

400 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 93.

Essa função inclusive, mesmo antes já era tido como compatível com a CF, inclusive pelo julgamento mencionado anteriormente da ADI de nº. 4874. Ilustrativamente, os limites legais são explicados com maestria por Egon Bickmann, para quem:

“(…) as agências são independentes, mas não soberanas; sua competência precisa ser definida em standards legislativos (subordinam-se às leis e à Constituição); possuem as respectivas competências regulamentares balizadas pelas respectivas legislações de origem; os regulamentos por elas emanados dirigem-se imediatamente aos agentes econômicos (produtores e consumidores) do respectivo setor; todas elas se submetem a controle externo. Mas todas elas possuem um núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da Economia, por meio da edição de regulamentos econômicos”⁴⁰¹.

O que mudou no julgamento da ADI de nº. 1668402 foi: segundo a Corte, a expedição de normas regulatórias não se trata da delegação de poderes legislativos, eis que é sempre exercida fundamentando-se na lei, que lhe serve de limitação. Não poderia haver uma delegação da responsabilidade pela decisão política pelo legislador à agência.

O que é transferido para a entidade é a faculdade dos meios para obtenção da política definida pelo Legislativo, havendo reconhecimento de inferioridade em relação à legislação – isso em vista de dignificar a importante atuação das agências reguladoras, mas sem conferir-lhes capacidades ilimitadas ou soberanas. O que difere é um viés qualitativo, tendo em vista sua capacidade técnica, imprescindível à correta regulação setorial. Segundo a Ministra Rosa Weber:

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares, sem que possa, a agência reguladora,

401 MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139, p. 130)

402 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

criá-los ou extingui-los. Com efeito, a norma regulatória deve compatibilizar-se com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento, à luz de critérios técnicos, dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, não o da criação de novos espaços. **Hierarquicamente subordinado à lei**, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para “impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas⁴⁰³.”

O que há, em verdade, é uma função normativa que visa tratar de uma lacuna intencional (ou silêncio eloquente) do legislador, que assim o deixou para que seja complementada por quem detenha o conhecimento técnico inerente e seja aplicada ao setor de maneira acertada. Não se pode afirmar invasão de espaço reservado à lei exatamente pela sua tecnicidade inerente e permissão do legislador.

Assim, é de se considerar que não há deslegalização quando das atribuições normativas das agências reguladoras, por entendimento do STF, quando do julgamento da ADI de nº. 1668/DF. O poder normativo da agência reguladora sob análise da ADI, a ANATEL, é de natureza estritamente regulamentar, devendo observância aos parâmetros constitucionais e legais.

Nesse sentido é que Rafael Oliveira fala em respeito ao princípio da juridicidade. Esse seria mais amplo que o da legalidade, na medida em que impõe o respeito a todo o ordenamento jurídico, o que inclui todo o arcabouço de princípios aplicáveis à Administração, bem como as leis e a própria Constituição.

Urge destacar que o exercício dessa competência normativa das agências pode ganhar ainda mais legitimidade quando há a participação dos cidadãos na elaboração das normas, pelas consultas e audiências públicas hoje em dia previstas.

Considerações Finais

As agências executivas chegaram ao nosso ordenamento jurídico por uma maior necessidade de êxito do mercado sem haver intenso intervencionismo estatal. Tal é que, em uma época em que o Estado tenta ser mais liberal, essas entidades surgem em nosso ordenamento jurídico.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4874/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 1º/2/2018 (Info 889).

Verdadeiras autarquias sob regime especial, sua função se mostra pela necessidade de regulamentação de duas atividades: as dos particulares que exercem serviços públicos, e a dos que exercem atividades econômicas em sentido estrito.

Em regime especial porque detentoras de diversos graus de autonomia: financeira, administrativa e para edição de atos normativos. Essa última foi objeto de análise do STF, e objeto de estudo do presente artigo.

Em apartada síntese, é de se concluir que tais entidades detém prerrogativas para conferir maior autonomia e lhes permitir atuação livre de pressões políticas e, portanto, de acordo com o que for melhor tecnicamente ao setor regulado. A autonomia conferida é um meio para um fim: a atuação acertada da Administração, quando necessária a regulamentação de atividades privadas.

Assim, a autonomia para expedir atos normativos é limitada pelo ordenamento jurídico: deverão observar todos os limites constitucionais, legais e principiológicos.

Além disso, sua atuação se faz em aspectos em que o legislador o quis: há uma lacuna intencional da lei, que deixa à cargo da agência executiva a sua regulamentação, daí porque não se trata de delegação legislativa, mas atuação conjunta do Legislativo e do Executivo, pela atuação dessas agências que são parte da Administração Indireta.

Isso inclusive legitima a atuação das entidades eis que não há inovação legislativa sem lei. Há uma lei definidora de limites para que a agência possa atuar dentro daquilo que a lei deixou ao seu cargo: não há qualquer inovação ilegítima. Haverá inovação apenas do que permitido expressamente por lei, sendo isso previsível ao particular regulado, e não havendo um rebaixamento da matéria, tal como o acontece com a deslegalização.

A decisão recente da Suprema Corte foi imperiosa para findar uma discussão que antes assolava a doutrina, afirmando taxativamente pela legitimidade da atuação das agências, pela constitucionalidade de seu regime e, mais importante, que essa atuação não se dá na sistemática da delegação legislativa.

Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer AGU N° AC-51, de 05 de junho de 2006. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:2006-06-05;ac-51>>. Acesso em 27/01/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4874/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 1º/2/2018 (Info 889).

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 1668/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/2/2021 (Info 1007).

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no AREsp 825776/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05/04/2016.

CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 34ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª Edição. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 168.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014,

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

ADMINISTRAÇÃO EDUCACIONAL NO CONTEXTO DA ATUALIDADE

DANIELA ANDRADE SANTOS: Advogada, Estudante de História, Curso de TTI, Registro de Jornalista nº 0080784/SP, Curso de Coaching, Especialização em Síndico Profissional e Gestão Condominial. Presidente da Comissão Jovem Advocacia da OAB Lapa, Ex-Presidente da Comissão de Cultura e Eventos da OAB Lapa, Ex-Presidente do CDC da OAB Lapa. Com especializações: MBA em Direito Imobiliário, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Pós-Graduação em Direito Empresarial.

RESUMO: O trabalho em questão faz uma breve análise da questão da administração educacional nos dias de hoje. Pois, em virtude de algumas mudanças do Governo na área da educação, promoveu automaticamente que os dirigentes tivessem novas posturas diante de novos métodos de ensino, como, por exemplo, uma educação voltada para o mercado de trabalho, mas que não tornassem os alunos mecânicos, mas um ser consciente e crítico. Assim, para o desenvolvimento deste trabalho foi preciso ler a obra do mestre Paulo Freire, "Educação como Prática da Liberdade", dentre outro, logo a metodologia trabalhada foi pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: administração, educação, gestão, liberdade.

1. INTRODUÇÃO

Uma visão atualizada da administração educacional requer que se faça uma análise do presente estágio dessa função em nossas escolas e isso implica colocar no centro de nossas considerações o modelo de escola que temos hoje, tanto do ponto de vista estrutural, organizacional, como também do ponto de vista funcional, isto é, a forma como a escola desempenha sua função e os fundamentos em que se apoia. O fato é que a administração escolar em todos os níveis, mais especialmente a que se realiza na unidade escolar sob a responsabilidade do diretor, tem sido alvo de inúmeras críticas nos últimos anos, suscitando uma revisão profunda de seu significado e importância para a consecução dos objetivos educacionais almejados pela escola.

2. ADMINISTRAÇÃO EDUCACIONAL NO CONTEXTO DA ATUALIDADE

A expressão gestão educacional tem suscitado polêmica nos meios educacionais, embora autores conceituados mostrem a adequação do conceito às diversas realidades organizacionais e a conveniência de sua utilização frente aos desafios, colocados para os administradores, decorrentes dos novos contextos sociais.

Freire (1987) analisa que somente de algum tempo para cá, vem-se sentindo a preocupação em identificar-se com a realidade do país, em caráter sistemático. É o clima da transição. A oportunidade de uma intervenção pedagógica criticadora estava posta, tendo como perspectiva a superação de posições reveladoras de descrença no educando, no seu poder de fazer, de trabalhar, de discutir. A democracia e a educação democrática se fundam ambas na crença no homem, na crença em que ele não só pode, mas deve discutir os seus problemas, os do seu país, os do mundo, os do seu trabalho e o da própria democracia.

O fato é que a administração escolar em todos os níveis, mais especialmente a que se realiza na unidade escolar sob a responsabilidade do diretor, tem sido alvo de inúmeras críticas nos últimos anos, suscitando uma revisão profunda de seu significado e importância para a consecução dos objetivos educacionais almejados pela escola.

Freire (1987) no seu livro "Educação como Prática da Liberdade" fez-se entender que educar é construir sempre e deixar a ideia de que os educadores podem e devem fazer a diferença, e não tornar o homem simples esmagado, diminuído e acomodado, dirigido pelo poder dos mitos que forças sociais poderosas criam para ele.

É preciso ter uma educação libertadora, não mecanizada, ou seja, uma educação de formação humana capaz de produzir um arcabouço reflexivo que não atrele mecanicamente educação-economia, mas que expresse uma política pública de educação frente aos desafios de inclusão social e da globalização econômica e ser crítico e consciente da realidade em que vive.

Portanto, educar é também criar condições para que o indivíduo desenvolva e expresse suas potencialidades. É importante permitir ao aluno representar o seu entendimento, de modo que ele possa identificar o que sabe e o que precisa buscar para aprofundar o conhecimento. Sendo assim, cada vez mais não só as escolas, mas também as empresas vêm buscando incentivar de alguma forma os jovens e adolescentes na formação profissional, através de cursos profissionalizantes para atender as perspectivas do mercado de trabalho.

Atualmente a educação destaca-se como fator estratégico de competitividade e de desenvolvimento humano na nova ordem econômica mundial. Vários são os desafios enfrentados pelos jovens. Estes desafios estão relacionados aos avanços tecnológicos e a globalização. Tudo isso implica em novas exigências em relação ao desempenho

profissional, o que implica dizer que tem relação direta com o tipo de educação pautada em sala de aula.

Afinal, a educação não poderia ficar de fora das transformações que vem ocorrendo no mundo em termos de mercado de trabalho. Sendo assim, atualmente o número de cursos oferecidos com as perspectivas de melhorar a qualidade de vida e facilitar o acesso de jovens e adultos ao mercado de trabalho vem crescendo nos últimos anos.

A educação é um dos pilares para a promoção do ser humano, de modo a melhorar sua qualidade de vida e bem-estar, contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e sustentável. De acordo com dados obtidos pelo MEC (Ministério da Educação) o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirma que receber a educação garante ao filho do pobre que ele seja reconhecido como qualquer cidadão. Segundo o presidente, ter uma profissão é algo “extraordinário”, principalmente para a vida do jovem da periferia ou de qualquer cidade pequena. Por isso, o governo vem buscando incentivar não só a capacitação dos alunos bem como a de professores. Diante de tantas transformações e exigências, o ensino vem se expandindo, seja em qualquer nível, ganhando proporções consideráveis.

Conforme ressalta Freire (1987, p. 43):

A partir das relações do homem com a realidade, resultantes de estar com ela e de estar nela, pelos atos de criação, recriação e decisão, vai ele dinamizando o seu mundo. Vai dominando a realidade. Vai humanizando-a. Vai acrescentando a ela algo de que ele mesmo é o fazedor. Vai temporalizando os espaços geográficos. Faz cultura.

Nas rápidas transformações que caracterizam a sociedade dos conhecimentos atuais, aprender novas habilidade e desenvolver a capacidade de localizar, avaliar e usar informações de forma eficiente, múltipla é muito importante. Depende de nós motivarmos a sociedade brasileira a quebrar paradigmas como um desafio no qual se procure superar as dificuldades presentes, no cotidiano dos cursos, tendo em vista viabilizar a articulação de todos os saberes que perpassem o desenvolvimento de competências e habilidades que no seu conjunto formará a base do currículo da educação básica profissional dos alunos.

Estimular uma consciência, acima de tudo, de interação e convivência harmônica entre todos e seu meio onde a concepção de ensino-aprendizagem respeite as diferenças compreendendo-as como riquezas culturais com as quais todos aprendem a aprender e crescer.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com uma boa educação o indivíduo adquire competências e estar habilitado para as corretas atitudes na sociedade, a educação oferece ao sujeito, o conhecimento de si mesmo e o olhar crítico da realidade a qual está inserido, o cidadão adquire conhecimentos ao qual lhe trará melhores condições, e maiores oportunidades de prosperar e ter seu diferencial.

O homem estudado sente-se realizado e sujeito da sua história, capaz de tirar as suas próprias conclusões, como também achar soluções para a sua realidade. Ele é parte integrante na sociedade, torna-se desinibido e fica de igual para igual na convivência com os outros, proporcionando a formação de que necessita para o desenvolvimento de sua potencialidade.

Porém, se sabe que a educação no Brasil não foi fácil, nem todos tinham a chance de estudar, isso verifica-se desde a Idade Média, mas aos poucos a concepção de alfabetização foi mudando e as pessoas foram buscando suas necessidades, que dentre elas eram a educação. Diante disso, foram realizados vários movimentos e programas de políticas públicas que deram início a uma nova prática de educação. Muitos desses projetos se limitaram a reproduzir o que se faz no ensino regular, realizando meras transposições de modelos utilizados na modalidade de ensino, sem a devida atenção às especificidades da população jovem e adulta até chegar aos dias atuais.

Ou seja, nota-se uma tendência crescente para a descentralização e a desconcentração do poder em todas as áreas, como forma de agilizar o processo decisório, colocando-se o poder de decisão em níveis cada vez mais próximos do local onde os problemas ocorrem. Esse fato encontra justificativa, de um lado, na velocidade com que ocorrem as mudanças no mundo atual e as novas demandas delas decorrentes e, de outro, na ampliação do desejo de participação das pessoas nas decisões que afetam diretamente o seu trabalho e/ou a sua existência, fruto da expansão dos ideais de democratização.

A compreensão desses fatos evidencia a necessidade de o educador estar atento às "novas realidades sociais", revendo os conceitos e as ideias que norteiam seu trabalho de forma a reinterpretar sua função e a redirecionar seus esforços para uma ação mais efetiva. (SOUZA, 2004).

As organizações estão a cada dia modernizando-se com o intuito de sobreviver em um mercado competitivo, o que demanda a formação de administradores ágeis, com sensibilidade às necessidades de mudança e com capacidade de assumir o processo mantendo o que é essencial para a continuação desse tipo de empreendimento.

A gerência educacional tem, portanto, demonstrado mais insensível e persistente à mudança, o que se explica em grande parte pela dificuldade de romper com a condição de subordinação das escolas ao sistema de ensino, sendo que a definição das políticas públicas e as condições de como funcionam as escolas são definidas externamente e, muitas vezes, em desacordo com as necessidades decorrentes do cotidiano escolar.

REFERÊNCIAS:

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 18ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

SOUZA, Maia Lúcia de. A profissão docente em suas novas funções de gestores escolares. Postado em 2004. Disponível em: <
<http://www.redkipusperu.org/files/22.pdf>>; Acesso em: Fe/2011.

A CORRESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO, DA ÁREA DA SAÚDE E DA SOCIEDADE PARA A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO

MARIANA CARVALHO: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC), Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Advogada. 404

RESUMO: O presente artigo analisa o manicômio judiciário, cuja nomenclatura foi alterada para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico a partir da reforma do Código Penal em 1984, trazendo um breve histórico dos hospitais psiquiátricos. Serão expostas as medidas de segurança previstas no Código Penal, que devem ser aplicadas aos indivíduos que praticam crimes, mas que são considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, e, por isso, são absolvidos e encaminhados para os referidos hospitais para receberem tratamento médico. Em seguida, diante das inúmeras irregularidades praticadas nos hospitais de custódia, falar-se-á sobre a criação da Lei nº 10.216/2001, conhecida como Reforma Psiquiátrica, que regulamentou os direitos dos portadores de transtornos mentais, reformulando o modelo assistencial que, em regra, deveria ser prestado. Ainda, serão abordadas as problemáticas desses hospitais, que mesmo com as diretrizes antimanicomiais, permanecem com características asilares, desrespeitando direitos, bem como a integridade física e mental dos pacientes judiciários. Por fim, com o objetivo de contribuir para a análise jurídica e de saúde pública, será enfatizada a imprescindibilidade de novas regulamentações para a fiscalização dos hospitais de custódia, bem como a necessidade do tratamento humanizado para os internados, com esforço conjunto do Poder Judiciário e da área da saúde.

Palavras-chave: Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Segregação. Reforma psiquiátrica. Saúde mental.

THE CO-RESPONSIBILITY OF THE JUDICIARY, THE HEALTH SECTOR AND THE SOCIETY FOR THE NON-INSTITUTIONALIZATION OF CUSTODIAL HOSPITALS AND PSYCHIATRIC TREATMENT

ABSTRACT: This article analyzes the judiciary madhouses, whose nomenclature was changed to custodial hospital and psychiatric treatment after the reform of the Penal Code

in 1984, presenting a brief history of psychiatric hospitals. The security measures provided in the Penal Code will be exposed, which should be applied to individuals who commit crimes, but are considered not guilty, and, therefore, must be sent to these hospitals to receive medical treatment. Next, in view of the countless irregularities practiced in the custody hospitals, we will talk about the Law number 10.216, created in 2001, known as the Psychiatric Reform, which regulated the rights of the mentally ill, reformulating the assistance model that, as a rule, should be provided. Still, the problems of this hospitals will be addressed, which even though with the anti-mental institution guidelines, remain with asylum characteristics, disrespecting rights, as well as the physical and mental integrity of the judicial patients. Finally, in order to contribute to the legal and public health analysis, it will be emphasized the indispensability of new regulations for the supervision of custody hospitals, as well as the need for humanized treatment for inmates, with a joint effort of the Judiciary and the health area.

Keywords: Custody hospital and psychiatric treatment. Segregation. Psychiatric reform. Mental health.

INTRODUÇÃO

Através do presente artigo, serão expostas as origens da lógica da repressão e isolamento como formas de reprimir e corrigir aqueles que tinham condutas inadequadas ou que não se encaixavam ao padrão de cada época, analisando, assim, o processo de formação do controle Estatal e enfatizando o papel e a repercussão do Direito, da Psicologia e da Psiquiatria em seus desdobramentos.

Para tanto, será abordada a criação dos hospitais psiquiátricos e dos manicômios judiciários, em conjunto com a concepção do entendimento da doença mental, sob o enfoque da Psiquiatria e com a proposta de um estudo científico sobre os transtornos mentais.

Ainda, veremos que ao ser adquirido o conhecimento necessário sobre o tema, as estruturas organizacionais e legais foram sendo estabelecidas, inclusive com a regulamentação no Código Penal sobre as medidas de segurança que deveriam ser aplicadas aos infratores portadores de doença mental, ou sem discernimento do ato praticado.

Será demonstrado também que, em que pese os movimentos antimanicomiais, que buscam a desinstitucionalização, bem como novos serviços de atenção psicossocial abertos e comunitários em prol da hígidez mental dos pacientes, direitos esses que inclusive foram concretizados pela Lei nº 10.216/2001, conhecida como Reforma

Psiquiátrica - um dos marcos mais significativos na luta a favor da cidadania -, muitas irregularidades ainda persistem nos hospitais de custódia.

Por fim, considerando a regra de encaminhamento de tais infratores aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, será enfatizada a importância da atuação dos profissionais da saúde para viabilizar o acolhimento do paciente, proporcionando um tratamento médico justo, respeitoso, coerente e que possibilite, de modo primordial, a reintegração do sujeito ao meio social.

No mesmo sentido, indispensável que o Poder Judiciário esteja atento ao modo de organização dos referidos estabelecimentos, bem como à garantia dos direitos humanos dos pacientes e ao tempo de cumprimento da medida de segurança, a fim de que o tratamento, que possui caráter terapêutico, cumpra sua função.

1. BREVE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DOS HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS

1.1. Contexto mundial

Como forma de manter o controle e a organização, o Estado sempre se pautou em medidas institucionais de coerção e exclusão, visando a segregação de classes consideradas indesejáveis no contexto histórico, bem como daqueles que fossem apontados como perigosos para a sociedade, para assim, então, reafirmar a soberania estatal.

Segundo Michel Foucault, agindo desse modo, aos poucos, foi se concretizando uma higienização do panorama social, uma vez que os indivíduos que até então eram considerados loucos e podiam se expressar sem restrições ou repressão, inclusive através de obras respeitadas, passaram a ser internados em asilos.⁴⁰⁵

Nesse contexto, o hospital Bethlem Royal foi o primeiro hospital psiquiátrico do mundo, fundado em Londres, no século XIII, e se tornou conhecido pela forma desumana como tratava os internos, cuja distinção feita não os admitia como cidadãos, o que implicava na perda do livre-arbítrio e da liberdade.

Na referida época, não só os loucos, mas todos aqueles que não eram úteis ao modelo de sociedade, como os desempregados, os desabrigados, os pobres, os pródigos ou os portadores de doenças, foram isolados em locais que não possuíam base médica ou terapêutica para a ressocialização do sujeito, mas apenas tinham o intuito de impossibilitar

⁴⁰⁵ História da loucura na idade clássica, p. 56.

a circulação e convívio destes que supostamente não eram capazes de produzir ou acumular riquezas.⁴⁰⁶

Com a Revolução Francesa, no século XVIII, o cenário começa a ser alterado, ocasião na qual os asilos passam a ser destinados apenas aos loucos, uma vez que por pensarem e agirem de modo diferente, permanecia o receio destes causarem algum perigo aos demais, caso retornassem a transitar de forma livre, sendo, por isso, reduzidos à incapazes.

Nesse momento, com o auxílio de Philippe Pinel, médico psiquiatra, os loucos passaram a ser observados, bem como examinados de forma científica. Na mesma circunstância, Sigmund Freud propôs que as formações psíquicas e os delírios fossem analisados, ao invés de punidos, o que se tornou embasamento para o estudo dos processos cognitivos e do comportamento humano alguns anos depois.⁴⁰⁷

1.2. Contexto no Brasil

Já no Brasil, as instituições psiquiátricas iniciam ascensão em 1842, com a construção do primeiro hospital psiquiátrico no Estado do Rio de Janeiro, o Hospício Pedro II, que foi considerado o marco da Psiquiatria no país e que recebeu pacientes de todo o território nacional.

Alguns anos depois, nesse mesmo contexto, o Código Civil de 1916 confirmou o entendimento ao estabelecer que os loucos eram absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, sendo tal disposição revogada apenas após décadas.⁴⁰⁸

Em 1921, foi inaugurado o primeiro Manicômio Judiciário do Brasil e da América Latina, também localizado no Rio de Janeiro, chamado de Manicômio Judiciário Heitor Pereira Carrilho, que recebeu o nome do médico psiquiatra responsável pela direção da referida instituição, e que até então conduzia a gestão da seção destinada a atender os infratores portadores de transtorno mental no Hospício Pedro II.

No âmbito da Psiquiatria, as transformações mais perceptíveis no Brasil passaram a ocorrer principalmente a partir dos encontros e palestras promovidas por Franco Basaglia, psiquiatra italiano, que visitou o país por volta do ano de 1975, proporcionando importantes reflexões críticas e científicas, bem como formas

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 55

⁴⁰⁷ Shorter, 1997 apud Silvia H. Tedesco, 2016, In: O louco infrator e o estigma da periculosidade, p. 289.

⁴⁰⁸ Artigo 5 - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

II - Os loucos de todo o gênero.

revolucionárias de tratamento, que inclusive passaram a ser recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS).⁴⁰⁹

O referido cenário deu ensejo à criação do Movimento de Trabalhadores em Saúde Mental em 1978, cujos objetivos principais eram denunciar as condições desumanas praticadas em grande parte dos hospitais psiquiátricos, bem como reivindicar novos modelos de tratamento.

A realização da I Conferência Nacional de Saúde Mental em 1987 marcou o início da trajetória da desinstitucionalização dos hospitais psiquiátricos, propiciando um novo projeto de saúde mental para todo o país. No mesmo ano, houve o II Congresso Nacional de Trabalhadores de Saúde Mental, em Bauru – São Paulo, ocasião na qual foi criado o Movimento da Luta Antimanicomial.

Pautados no princípio de uma sociedade sem manicômios, o movimento impulsionou um novo olhar sobre a loucura e problematizou o lugar social do manicômio, enfatizando temas não só como a estrutura física e organização institucional, mas também trazendo questionamentos sobre a legitimação de sua existência e suas práticas.

A partir de então, passaram a ser implementadas novas medidas, legislações, financiamento de serviços e espaços destinados ao cuidado da saúde mental, como por exemplo a criação da Lei nº 10.216/2001, bem como a determinação do Ministério da Saúde no ano de 2002, para a substituição dos hospitais psiquiátricos pelos Centros de Atenção Psicossocial, cujo objetivo era prestar assistência psicológica e médica aos pacientes com transtornos mentais, em tratamento não hospitalar, visando a reintegração destes à sociedade.

2. MEDIDAS DE SEGURANÇA PREVISTAS NO CÓDIGO PENAL

A semelhança definida entre o criminoso e o portador de transtorno mental, enquanto indivíduos a serem isolados e corrigidos, fez com que surgissem as medidas de segurança, o conceito de inimputabilidade penal, e, conseqüentemente, as prisões e hospitais psiquiátricos judiciários, como instituições destinadas ao controle moral e psicológico destes.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 26 do Código Penal dispõe que "*É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*".

⁴⁰⁹ Carlene Borges Soares. O louco infrator e o estigma da periculosidade, p. 296.

Assim, o sujeito que pratica algum crime com sua capacidade de entendimento do ato comprometida, seja em função de uma doença mental ou por estar sob os efeitos do uso de drogas, por exemplo, pode ser considerado inimputável ou semi-imputável, e, por conseguinte, não pode ser condenado.

Nesse caso, o indivíduo será absolvido e deverá cumprir a chamada medida de segurança, como forma de receber tratamento apropriado à sua situação, podendo ser encaminhado pelo Poder Judiciário aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, ou para as alas de tratamento psiquiátrico dentro das penitenciárias, de acordo com o artigo 96 do Código Penal⁴¹⁰, ambos também conhecidos como manicômios judiciários.

O prazo para cumprimento da medida de segurança é indeterminado, sendo o mínimo de um a três anos, conforme dispõe o § 1º do artigo 97 do Código Penal.⁴¹¹

Além disso, a partir de 2011, o Código de Processo Penal, no inciso VII do artigo 319⁴¹², passou a permitir a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, nos casos de pessoas consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, e caso haja risco de reiteração.

Embora seja uma exigência contida no artigo 6º da Lei nº 10.216/2001, na prática, muitas vezes a internação provisória acaba sendo determinada sem a realização de perícia para avaliação da responsabilidade penal, da gravidade do quadro clínico ou do potencial ofensivo do delito, em razão da escassez de peritos.

De todo modo, em regra, as medidas de segurança foram idealizadas com o intuito de possibilitar o tratamento do infrator, ao invés de puni-lo. Porém, os locais

410 Artigo 96 - As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

411 Artigo 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

412 Artigo 319 - São medidas cautelares diversas da prisão:

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

destinados para tanto, na realidade dificilmente se assemelham a estabelecimentos voltados para o cuidado a saúde, conforme será evidenciado adiante.

Nesse cenário, o transgressor inimputável ou semi-imputável, passa a ser considerado como uma figura perigosa, momento em que é criado, então, o conceito de periculosidade, sendo os indivíduos perigosos aqueles que possam importunar a segurança alheia, ou mesmo a própria segurança, sendo necessário, assim, a segregação destes da sociedade.⁴¹³

Através dessa lógica da periculosidade, como condição para ter o direito de voltar a ser livre em sociedade, são executados os laudos de cessação de periculosidade. Ocorre que por meio do referido exame, também são avaliadas possíveis condutas futuras do paciente, isto é, concebe-se a ideia arbitrária de que o sujeito pode permanecer internado não apenas pelo que efetivamente cometeu, mas também pelo que poderá vir a praticar, o que por certo não pode ser previsto com plena convicção e clareza.

Desse modo, evidente que as medidas de segurança não podem ser aplicadas indistintamente, mas, pelo contrário, devem ser objeto de reavaliação contínua, inclusive desvinculando, sempre que possível, o automatismo entre a medida de segurança e o encaminhamento aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, viabilizando o tratamento em locais alternativos.

3. CRIAÇÃO DA LEI Nº 10.216/2001 – REFORMA PSIQUIÁTRICA

Em continuidade aos movimentos antimanicomiais, no ano de 2001 foi promulgada a Lei nº 10.216, conhecida como Reforma Psiquiátrica, visando transformar, ampliar e assegurar os direitos e tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais, sejam as que cometeram fato típico ilícito ou não.

Assim, em contraposição aos dispositivos do Código Penal, que ainda possuem traços voltados ao manicômio judiciário, de ordem encarceradora, estigmatizante e punitivista, a Lei nº 10.216/2001 vedou expressamente a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, que usualmente são as disponibilizadas aos infratores.

Portanto, ao interpretar a referida legislação, verifica-se a incompatibilidade desta com o Código Penal, sendo possível concluir que houve uma revogação tácita deste último, especificamente no que diz respeito a aplicação das medidas de segurança, posto

⁴¹³ Virgílio de Mattos, 2006 apud Rafael Lima Ribeiro, 2016, In: O louco infrator e o estigma da periculosidade, p. 140.

que a Lei nº 10.216/2001 estabelece que o portador de transtorno mental deve ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Fala-se em revogação tácita pois, quando há conflito aparente de normas, como ocorre entre determinados dispositivos do Código Penal, alterados no ano de 1984, e da Lei nº 10.216/2001, um dos critérios utilizados para identificar qual legislação deve prevalecer, é o cronológico, ou seja, *"a lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*.⁴¹⁴

Desse modo, considerando os princípios da Lei nº 10.216/2001, em regra, o indivíduo que possui transtorno mental e infringiu a lei penal, deve ser encaminhado para a rede pública de saúde, para ser tratado e não punido, mesmo porque de nada adianta a busca pela higidez mental, sem propiciar condições dignas, direcionadas para a ressocialização do paciente.

Nesse sentido, o inciso II do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.216/2001, assegura que é direito da pessoa portadora de transtorno mental *"ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade"*, assim como o artigo 4º e seu § 1º.⁴¹⁵

Com o mesmo propósito é a Resolução nº 05/2004 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, bem como a Recomendação nº 35/2011 do Conselho Nacional de Justiça, que especificam diretrizes a serem adotadas em relação aos pacientes judiciários e a execução das medidas de segurança, em conformidade com a Lei nº 10.216/2001, inclusive recomendando a observância da política antimanicomial, com tratamento preferencialmente em meio aberto.

Ainda, em 2013 foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), através de uma atuação intersetorial entre os Ministérios da Saúde e da Justiça, momento no qual foram realizados seminários e encontros nacionais sobre o atendimento às pessoas em medida de

⁴¹⁴ Artigo 2º, § 1º da Lei nº 12.376/2010, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁴¹⁵ Artigo 4º - A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

segurança, visando a execução de ações para dar efetividade à Lei nº 10.216/2001, de acordo com a nova política de saúde mental.

É sob essa ótica que, aos poucos, mudanças substanciais na normativa jurídica e penal vão sendo implementadas, embora ainda existam inúmeras problemáticas que devem ser revistas, combatidas e alteradas, conforme será elucidado a seguir, a fim de efetivar a desinstitucionalização dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, e garantir os direitos básicos daqueles que são duplamente estigmatizados, pelo crime e pela doença.

4. PROBLEMÁTICAS DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO

Conforme exposto acima, embora as medidas de segurança, e, conseqüentemente, os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico tenham sido planejados como formas benevolentes de amparar o infrator portador de transtorno mental ou com desenvolvimento mental incompleto, fato é que, na prática, evidencia-se outra realidade.

De acordo com os relatórios das inspeções realizadas em 2015 e em 2018 pelo Conselho Federal de Psicologia, em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde nos referidos hospitais, restou demonstrada a desorganização do espaço interno, bem como o descaso com a preservação da dignidade humana dos pacientes, que ficam privados da consciência de seus direitos.

Tal questão decorre principalmente do fato de que tais hospitais praticamente não estabelecem vínculos com a rede de atenção psicossocial, bem como não desenvolvem atividades voltadas para a desinstitucionalização ou reinserção dos pacientes na sociedade.

Além disso, nos hospitais vistoriados, observou-se que os internados não possuem assistência jurídica fixa nos hospitais, uma vez que esta é prestada pela Defensoria Pública, que comparece ao local cerca de seis vezes ao ano, para atender uma média de quatro casos por visita.⁴¹⁶

Ainda, nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, os pacientes recebem altas doses de medicamentos para sedação e acabam se tornando submissos das condutas autoritárias de muitos profissionais, além de perder o contato com a realidade

⁴¹⁶ Janne Calhau Mourão. O louco infrator e o estigma da periculosidade, p. 251.

externa, com familiares, amigos, e, conseqüentemente, a perspectiva de vida, inclusive em razão dos longos períodos de internação.

Atrelado a tais situações, encontra-se presente também, a falta de profissionais especializados e capacitados para atender a essa demanda específica, e, por outro lado, a ausência de reconhecimento e valorização destes pelo Governo, visto que muitas vezes não possuem condições razoáveis e seguras para trabalhar.

A escassez de medicamentos específicos para o tratamento individual, a falta de avaliação contínua, inclusive para a verificação da cessação da periculosidade, os maus tratos e a segregação, intensificam as condições de degradação física e psicológica dos pacientes judiciários, contribuindo para a cronicidade da doença mental, para a perda dos direitos civis e sociais, bem como da identidade psíquica.

Ao anular e desqualificar as falas, gestos e direitos dos pacientes, principalmente em razão da ausência de fiscalização e inação do Poder Judiciário, os hospitais de custódia acabam agindo como se estes fossem indivíduos que não precisassem ser cuidados, atendidos e respeitados da mesma forma que os demais cidadãos.

Existem, ainda, as problemáticas relacionadas à estrutura física e organizacional das referidas instituições, pois assim como nas penitenciárias, os hospitais de custódia nem sempre possuem quartos, camas, banheiros, refeitórios, rede de apoio, dentre outros itens básicos para sobrevivência, em quantidade suficiente para todos os internos.

Em um dos hospitais inspecionados pelo Conselho Federal de Psicologia, pela Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, localizado no Rio de Janeiro, foi constatado que os pacientes sequer tinham o direito de acionar a descarga após o uso do banheiro coletivo, uma vez que por uma medida de segurança adotada internamente, o responsável por tal questão era um dos empregados do hospital, que acionava a descarga em média apenas três vezes ao dia.⁴¹⁷

Todo o contexto exposto, evidencia a urgência da necessidade de intervenção Estatal, especialmente para a implementação de políticas públicas, supervisão dos hospitais psiquiátricos, fomento à criação de unidades terapêuticas alternativas, dentre outras possibilidades que serão mencionadas adiante.

5. ALTERNATIVAS E MELHORIAS NOS TRATAMENTOS MÉDICOS

⁴¹⁷ Inspeções aos manicômios, p. 18.

Consoante demonstrado, em que pese a criação de legislações, recomendações, políticas e programas de fomento e aplicação de medidas antimanicomiais, fato é que ao constatar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade daqueles que infringem a lei, estes continuam sendo redirecionados aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, estando sujeitos a violação de seus direitos.

Portanto, percebe-se que além da elaboração de novas regras, se faz necessária a reformulação da visão sobre os transtornos mentais, ou seja, é preciso uma mudança social não só em relação a saúde e a justiça, mas também do senso comum, da falta de pensamento crítico de uma sociedade dominada pela comunicação efêmera, com dados de desigualdade e injustiça que aparecem como algo natural.

Nesse contexto, poderia se cogitar até mesmo a atuação de voluntários para contribuir com a causa, aproximando, assim, a população das questões de saúde e segurança pública, que são – ou ao menos deveriam ser – de interesse geral. Para tanto, de suma importância também, a efetivação de novos requisitos estruturais, tecnológicos e organizacionais.

Ademais, no cuidado e na assistência aos portadores de transtorno mental em conflito com a lei, é imprescindível a articulação de uma rede intersetorial com as demais políticas sociais de reabilitação psicossocial, visando o acolhimento, o tratamento, a escuta, a responsabilização e a elaboração de programas específicos e individualizados de alta dos pacientes.

Incentivos financeiros por parte do Estado também se mostram essenciais, além de planos concretos e contínuos, como por exemplo a criação de uma Comissão de Inquérito para apurar dados e fiscalizar os hospitais, a fim de verificar as estruturas dos locais, o tratamento oferecido, o tempo de cumprimento da medida de segurança pelo paciente e a necessidade de cessação desta, de modo semelhante às vistorias promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em relação ao período de duração da medida de segurança, este é um tema de extrema relevância e urgência. Isto porque, embora o prazo para seu cumprimento seja indeterminado, em regra, o tempo máximo de sua execução não pode ser maior do que a pena máxima prevista para o crime, conforme prevê a Súmula nº 527 do Superior Tribunal de Justiça.⁴¹⁸

Contudo, na prática, muitos pacientes ultrapassam o período que precisariam permanecer em tratamento, uma vez que para a extinção da medida, é preciso que seja

⁴¹⁸ Súmula nº 527 do Superior Tribunal de Justiça: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

realizado o exame de cessação de periculosidade ou uma avaliação psicossocial, que geralmente não ocorrem com a frequência necessária. Assim, para que os pacientes não continuem sendo esquecidos nessas instituições, fundamental que seja estabelecido e respeitado o tempo máximo de cumprimento da medida e que haja uma respectiva fiscalização periódica.

Ademais, em observância aos princípios antimanicomiais, certo é que enquanto perdurar a medida de segurança para o tratamento do infrator, deve prevalecer sua característica terapêutica, devendo ser proporcionado meios para assegurar a autonomia, a higidez mental e a retomada dos laços sociais do paciente.

Os serviços substitutivos como os Centros de Atenção Psicossocial, as Residências Terapêuticas, os Centros de Saúde Mental e os de Convivência, são exemplos de lugares que visam a prevenção, tratamento e reabilitação, mantendo o indivíduo com transtorno mental junto à comunidade.

Ainda, o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental, do Estado de Minas Gerais, bem como o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator, do Estado de Goiás, são outros dois modelos que seguem as diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, promovendo um tratamento individualizado a cada paciente, desconstruindo a necessidade da custódia asilar e o preconceito da sociedade.

Assim, através dessa nova visão e da implementação de alternativas humanizadas, a questão deixa de ser voltada unicamente para a segurança pública e passa a ser compreendida sob o enfoque dos serviços de saúde pública.

Seguindo esse raciocínio, importante ressaltar que o sujeito com transtorno mental, independentemente de ser ou não um infrator, tem o mesmo direito de ser acolhido e tratado na rede de saúde disponível em sua região, isto é, inclusive pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

CONCLUSÃO

Da análise dos principais pontos levantados ao longo do presente artigo, foi possível observar que o Estado sempre se amparou em medidas de repressão para punir e corrigir aqueles que tivessem comportamentos inadequados ou fora dos padrões da época, sendo que tal forma de controle repercutiu inclusive em ambientes escolares e religiosos, a fim de disciplinar seus membros.

Um dos grupos que eram submetidos ao isolamento para supostamente proteger a sociedade de algum perigo que pudessem causar, eram os portadores de

transtornos mentais. Esquecidos e estigmatizados, com o passar dos anos os médicos psiquiatras identificaram a necessidade de estudo das doenças mentais, para então fornecer um tratamento adequado aos mesmos.

Com a criação do primeiro Manicômio Judiciário no Brasil em 1921, os infratores com transtorno mental puderam então receber um atendimento mais especializado, no entanto, ainda muito precário, com características asilares e desumanas.

É por intermédio da Lei nº 10.216/2001, chamada Reforma Psiquiátrica, que mudanças substanciais no tratamento dos pacientes judiciários e na aplicação das medidas de segurança passaram a ocorrer, sobretudo com uma perspectiva humanizada de acolhimento dos infratores, que começam a ser vistos não só pelo aspecto judiciário, mas especialmente pelo da saúde.

Contudo, através das inspeções realizadas em 2015 e 2018 pelo Conselho Federal de Psicologia, pela Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, constatou-se que os direitos dos pacientes judiciários permanecem sendo transgredidos diariamente, seja em razão de excesso ou ausência de medicação apropriada, violência institucional, estruturas físicas inadequadas, ou simplesmente por continuarem sendo esquecidos e privados de vínculos sociais.

Assim sendo, verifica-se que é de extrema importância a atribuição da responsabilidade à um órgão específico, com abrangência nacional, para a fiscalização assídua e periódica dos referidos hospitais de custódia, bem como dos indivíduos que lá cumprem a medida de segurança, para assegurar a proteção e garantia plena dos direitos humanos e valores constitucionais que até então continuam sendo desrespeitados.

Ainda, necessária a observância das diretrizes da Lei nº 10.216/2001, a fim de humanizar o atendimento dos infratores com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, alterando a forma de compreender o transtorno mental, bem como os conceitos de imputabilidade e periculosidade social.

É sob essa ótica de acolhimento, que enxerga o indivíduo antes como ser humano do que como apenas e tão somente como um louco criminoso, que se pretende, com o presente artigo, fomentar o pensamento crítico da sociedade, aproximando a coletividade das problemáticas suscitadas, para assim contribuir com as reflexões, diálogos e estudos sobre o tema, mudando a forma de atenção ao infrator com transtorno mental em nosso país.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASAGLIA, Franco. **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: cadastro nacional de presos**. Brasília - DF, agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>> Acesso em: 05 de jan. de 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347**. Brasília – DF, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf> Acesso em: 08 de jan. de 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 35 de 12/07/2011**. Brasília – DF, 2011. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/849#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20diretrizes%20a,2%2D3.>>> Acesso em: 08 de jan. de 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos presos**. Brasília - DF, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>> Acesso em: 05 de jan. de 2023.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização – dezembro de 2019**. Brasília – DF, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 15 de dez. de 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal**. Brasília - DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 12 de dez. de 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.** Brasília - DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 12 de dez. de 2022.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília - DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 15 de dez. de 2022.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Brasília - DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 12 de dez. de 2022.

_____. Ministério da Saúde. **20 anos da Reforma Psiquiátrica no Brasil: 18/5 – Dia Nacional da Luta Antimanicomial.** Brasília – DF, 2021. Disponível em: <<https://bvsm.sau.gov.br/20-anos-da-reforma-psiquiatica-no-brasil-18-5-dia-nacional-da-luta-antimanicomial/>> Acesso em: 05 de dez. de 2022.

_____. Ministério da Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional.** Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Coordenação de Saúde no Sistema Prisional – 1. Ed – Brasília – DF, 2014. Disponível em: <<http://www.as.sau.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Cartilha-PNAISP.pdf>> Acesso em: 05 de dez. de 2022.

_____. Ministério da Saúde. **Reforma Psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil.** Brasília – DF, 2005. Disponível em: <https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf> Acesso em: 15 de dez. de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **A aplicação das medidas de segurança sob o crivo do STJ.** Brasília – DF. 03/04/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03042022-A-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-sob-o-crivo-do-STJ.aspx>> Acesso em: 05 de jan. de 2023.

BRISSET, Fernanda O. de Barros. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator.** Belo Horizonte – MG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/41/A7/51/FD/204636104C5F1436B04E08A8/livreto_pai.pdf> Acesso em: 06 de jan. de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 25ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Conselho Federal de Psicologia. **IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersectorial - Por uma IV Conferência Antimanicomial: contribuições dos usuários.**

Brasília: CFP, 2010. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/03/conferencia_final.pdf> Acesso em 22 de dez. de 2022.

_____. **Atuação da(o) psicóloga(o) no campo da execução penal no Brasil - Relatório Descritivo.** Brasília: CFP, 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/BR84-CFP-Rel-SisPenalBrasileiro_web_vs3.pdf> Acesso em 22 de dez. de 2022.

_____. **Hospitais psiquiátricos no Brasil: relatório de inspeção nacional.** Brasília: CFP, 2020. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_Inspecao_HospPsiq.pdf> Acesso em 21 de dez. de 2022.

_____. **Inspeções aos manicômios.** Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP, 2015. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/CFP_Livro_InspManicomios_web1.pdf> Acesso em 21 de dez. de 2022.

_____. VENTURINI, Ernesto; CASAGRANDE Domênico; TORESINI, Lorenzo. **O crime louco.** Brasília: CFP, 2012. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/04/O-Crime-Louco_CFP.pdf> Acesso em 02 de dez. de 2022.

_____. VENTURINI, Ernesto; OLIVEIRA; DE MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres. **O louco infrator e o estigma da periculosidade.** Brasília: CFP, 2016. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/CFP_Livro_LoucoInfrator_web-2.pdf> Acesso em 02 de dez. de 2022.

COSTANTI, Giovanna. **Manicômios judiciais funcionam como prisão e têm 'novo conceito de tortura' - Relatório da Pastoral Carcerária lança luz sobre a condição desumana de portadores de transtornos mentais esquecidos em hospitais de custódia.** Carta Capital. 13 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/manicomios-judiciais-funcionam-como-prisao-e-tem-novo-conceito-de-tortura/>> Acesso em 04 de dez. de 2022.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 35ª ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manicômios judiciários: hospitais ou cadeias? Ambos!**. Revista Consultor Jurídico. 14 de fev. de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/academia-policial-manicomios-judiciarios-hospitais-ou-cadeias-ambos>> Acesso em 05 de jan. de 2023.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão de miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. rev. e amp., Rio de Janeiro: Revan, 2007.