

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 526

(ano VIII)

(25/01/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

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

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

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

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

País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



25/01/2016 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Novo CPC traz mudanças nas demandas de saúde](#)

ARTIGOS

25/01/2016 Márcia Lúcia Ferreira Cancelli

» [Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 - a colaboração premiada como meio de obtenção de prova para se desbaratar uma organização criminosa. Reflexões acerca da Operação Lava Jato](#)

25/01/2016 Andre Vicentini Gazal

» [Alternativas penais como Política Criminal](#)

25/01/2016 Rodrigo Medeiros de Lima

» [A securitização da dívida ativa como instrumento de manutenção e incremento do investimento público no cenário de crise econômica](#)

25/01/2016 Diego Garcia Oliveira

» [Da ação reivindicatória de imóvel](#)

25/01/2016 Deborah Maria de Vasconcelos Gomes Soares

» [Análise das regras específicas aplicáveis ao regime diferenciado de contratação](#)

25/01/2016 Frederico Fernandes dos Santos

» [Divergências no STF Acerca da Responsabilidade Estatal Decorrente de Condutas Omissivas](#)

NOVO CPC TRAZ MUDANÇAS NAS DEMANDAS DE SAÚDE

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Atualmente, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, todas as ações judiciais que versem sobre saúde da pessoa humana desafiam as tradicionais ações de obrigação de fazer. E ínsito ao ajuizamento dessas ações de conhecimento é o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, para se evitar o perecimento do direito (à vida e/ou saúde do indivíduo enfermo).

Na prática, uma vez deferida a liminar antecipatória, logo no início do processo entregue a prestação jurisdicional principal, conformada a parte demandada com o seu conteúdo ou mantida essa decisão pelo Tribunal em 2º grau, o processo acaba virando uma verdadeira demanda zumbi, desinteressante para autor e réu, abarrotando os escaninhos da Justiça.

Sob essa sistemática até hoje vigente, anos após o deferimento da tutela antecipatória, finalmente a sentença é prolatada confirmando-se integralmente a liminar, sem nenhuma surpresa para as partes. Para o autor, já reabilitado em sua saúde, o serôdio veredicto final já lhe parece desimportante.

Seja como for, à luz do velho CPC vigente, o cumprimento da liminar antecipatória pelo réu não importa em perda superveniente do objeto da ação. Mesmo que nada mais interesse ao autor após o cumprimento dessa decisão interlocutória. O juiz ainda será refém da

necessidade de exaurir o processo de conhecimento prolatando sentença de mérito, mesmo que valendo-se de um prestativo “Ctrl+C, Ctrl+V” no seu capítulo decisório.

Promovendo verdadeira (boa) revolução nas demandas de saúde, o Novo CPC de 2015, que entrará em vigor em Março deste Ano (2016), colocará um fim a todo esse desperdício de tempo.

A partir da vigência do Novo CPC vem aí a chamada Tutela Provisória. Nos casos das demandas de saúde, mais especificamente, a Tutela Provisória de Urgência Antecedente.

Sim. O Novo CPC possibilitará que o outrora pedido liminar que verse sobre a antecipação dos efeitos da tutela no bojo da ação de obrigação de fazer seja uma demanda própria e única. Sem a necessidade da veiculação de um processo de conhecimento propriamente dito.

Noutras palavras, a petição inicial pode limitar-se ao solitário requerimento da tutela antecipada. Uma vez deferida, tornar-se-á estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, extinguindo-se o processo.

A decisão que conceder a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, no prazo fatal de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Em verdade, a Tutela Provisória de Urgência Antecedente remonta ao instituto de direito processual francês da “*référé provision*”, o qual permite que o processo se limite à tutela provisória. Evitando-se, assim, a indesejada eternidade dos processos judiciais.

Sabe-se que a maioria esmagadora das demandas de saúde no País, principalmente aquelas propostas pelo Ministério Público e Defensoria Pública, em trâmite nas Varas da Fazenda Pública, representam grave e aflitiva violação do postulado da dignidade da pessoa humana, a sonegação do mínimo existencial pelo Estado. É verdadeiramente preocupante a negativa de acesso aos cidadãos mais carentes a um sistema público de saúde eficiente. Praticamente, Ministério Público e Defensoria Pública vêm se tornando a porta de entrada obrigatória do brasileiro para se reclamar do direito à saúde pública, universal e gratuita.

A judicialização do direito à saúde virou regra. A arguição, como matéria de defesa, dos princípios da separação dos Poderes e da Reserva do Possível pelo Poder Público não subsistem mais na jurisprudência pátria moderna. Assim, nada mais justo a introdução da Tutela Provisória de Urgência Antecedente em nosso ordenamento processual civil, pondo logo termo ao que seria um longo processo mesmo ciente o réu de que não teria argumentos.

LEI 12.850 DE 02 DE AGOSTO DE 2013 - A COLABORA O PREMIADA COMO MEIO DE OBTEN O DE PROVA PARA SE DESBARATAR UMA ORGANIZA O CRIMINOSA. REFLEXÕES ACERCA DA OPERA O LAVA JATO

MÁRCIA LÚCIA FERREIRA CANCELLA:
Bacharelanda em direito, pelo Centro Universitario São Camilo - ES.

RESUMO: A Lei n  12.850/2013   pioneira em trazer a defini o de Organiza o Criminosa, muito embora outras leis já citassem o crime, este tipo penal era vago e indefinido, o que contrariava o Princípio da Legalidade, desta forma, uma defini o legal trouxe segurança jurídica. A Colabora o Premiada também não foi uma grande inova o trazida pela Lei 12.850/2013, pois benefícios para aqueles que se arrependeram da prática criminosa e buscaram meios de reparar os danos causados, já eram previstos em diversos artigos do Código Penal Brasileiro e em outras leis espa as, porém, a atual sistematiza o   um not rio ganho, tanto   verdade que as Colabora es Premiadas se popularizaram em todo o país, devido ao grande destaque que a Opera o Lava Jato tem na média. A referida Opera o, impulsionada pelas Colabora es Premiadas, vem desbaratando um bilionário esquema de corrup o e lavagem de dinheiro, envolvendo diretores da Petrobras, empresários, grandes empreiteiras e políticos.

Palavras-chave: Organiza o Criminosa; Colabora o Premiada; Opera o Lava Jato e Petrobras.

ABSTRACT: The Law No. 12,850 / 2013 is a pioneer in bringing the definition of Criminal Organization, although other laws has already cited crime, this criminal offense was vague and indefinite, which contradicted the Principle of Legality, in this way, a legal definition brought legal security. Awarded Collaboration was also not a great innovation introduced by Law 12,850 / 2013, various articles of the Brazilian Penal Code and other laws have provided benefits for those who have repented of criminal activity and sought ways to repair the damage caused. But the current systematization is a notorious profit, so that the awarded

collaborations have become popular across the country, because of the emphasis about “Operação Lava Jato” has had in the media. That operation, driven by Awarded Collaboration, has been disrupting a billionaire scheme of corruption and money laundering, involving Petrobras directors, entrepreneurs, contractors and politicians.

Keywords: Criminal organization? Awarded collaboration? Operação Lava Jato? Petrobras.

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO. II - A JUSTIÇA NEGOCIADA. III – COLABORAÇÃO X ÉTICA. IV – ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS X CONVENÇÃO DE PALERMO. V – COLABORAÇÃO PREMIADA. V. I - Investigação e Meios de Obtenção da Prova. V. II – Realização dos Acordos de Colaboração Premiada. V. III – Direitos dos Colaboradores. VI – OUTRAS LEIS QUE PREVEEM A COLABORAÇÃO PREMIADA. VII – REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO. VIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

I – Introdução

A Lei nº 12.850 de 2013 define Organização Criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

A referida lei ganhou destaque nos noticiários em virtude da Operação Lava Jato, que impulsionada pelas Colaborações Premiadas, vem desbaratando o maior esquema de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil, envolvendo a maior empresa estatal brasileira (a Petrobras), bem como grandes empreiteiras e políticos.

Tal escândalo colocou os holofotes da imprensa mundial sobre o Brasil, e vem causando uma grande crise no governo. Até mesmo manifestações objetivando um impeachment da presidente reeleita, Dilma Rousseff, já foram realizadas em todo o Brasil.

A Operação Lava Jato ganhou esse nome devido ao início das investigações terem sido realizadas num posto de gasolina. O posto é chamado Posto da Torre e se localiza em Brasília, porém, curiosamente, apesar do nome que batizou a Operação, no posto há lanchonete, pastelaria, loja de conveniência, bombas de abastecimento, mas, não há nenhum lava jato para carros.

Ocorre que, no referido posto há uma casa de câmbio e valores, que se tornou alvo da Polícia Federal numa investigação de fraudes em licitações e corrupção de servidores públicos na Petrobras. O dono do posto é o doleiro Carlos Habib Chater, que foi preso preventivamente acusado de lavagem de dinheiro, este trabalhava em conexão com outro doleiro, Alberto Youssef, que se tornou um dos principais delatores na Operação Lava Jato, assim como Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras.

Youssef, Costa e outros investigados, acordaram com o Ministério Público Federal, além da devolução aos cofres públicos de valores auferidos ilicitamente, informações sobre o esquema de lavagem de dinheiro e pagamento de propina.

Os delatores que prestarem informações relevantes e verdadeiras que colaborem para a prisão de outros envolvidos no esquema serão beneficiados nos termos do acordo firmado entre eles e o Ministério Público Federal, homologado via decisão judicial.

O que se pretende tratar neste estudo é a Colaboração Premiada, que é um meio de prova regulada pela lei 12.850/13. A Colaboração Premiada tem inegável natureza processual, como já dito, carecendo de homologação realizada via decisão judicial.

II - A Justiça Negociada

Em se tratando de justiça negociada, nos Estados Unidos há o *Plea Bargaining*, onde cerca de 85% dos casos penais são encerrados, havendo uma negociação entre acusação e defesa, com o fito de se evitar o juízo.

No Brasil essa negociação penal ainda conta com contornos tímidos, afinal, estamos sob a égide de um sistema garantista, e a liberdade trata-se de um bem inegociável, e, portanto, em nosso país pode haver uma flexibilização, e não uma supremacia do modelo negocial.

Nosso modelo de processo penal é ato para três atores: acusação, defesa e um juiz que irá presidir o processo e ao final sentenciar, trata-se assim, de um sistema acusatório. Sobre negociação penal assevera PACHELLI:

Mas não se pode negar que a Lei n 12.850/13 pretende instituir uma modalidade de *negociação penal* com parcial flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com contornos mais complexos que aquele previsto na conhecida *transação penal* da Lei n 9.099/95. Diferença perfeitamente explicável: esta última cuida de infrações de menor potencial ofensivo, enquanto a outra, a primeira, trata de organizações criminosas, associadas, em regra, a crimes de maior relevância jurídico-penal. (PACHELLI – 2014)

Significativa diferença há entre o modelo americano de *Plea Bargaining*, e os modelos de negociação penal no Brasil, pois aqui não há possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade sem sentença, sendo esta oriunda de um devido processo penal.

A lei 9.099/95, citada por PACELLI, prevê em sua transação penal a aplicação de penas restritivas de direito e de multa, uma vez que, como já dito, a liberdade é um bem inegociável. Ademais, a referida Lei abarca crimes de menor potencial ofensivo, o que justifica a substituição de penas privativas de liberdade, por restritivas de direito e/ou multa.

O contrário se dá com os crimes abarcados pela Lei 12.850/13, sendo esses de grande relevância jurídico penal, pois tratam-se de crimes praticados por Organizações Criminosas, e qualquer benefício a ser concedido aos condenados deve ser com muito critério.

O modelo americano, *Plea Bargaining*, é bem diferente da realidade brasileira, até mesmo devido às diferenças entre os sistemas jurídicos adotados por esses dois países, sendo no Brasil o *Civil Law*, versus o *Common Law* americano.

Assim, deferente do Brasil em que ninguém poderá cumprir pena de prisão sem uma sentença condenatória, nos Estados Unidos o acusado mediante negociação entre acusação e defesa, pode aceitar cumprir alguns anos de prisão, em troca de não ir a júri popular e correr o risco de ser condenado à prisão perpétua, por exemplo.

No Brasil, com a Colaboração Premiada contemplada na Lei 12.850/13, o colaborador pode ter sua pena reduzida em até dois terços, ou, ter a pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direito, e até mesmo, receber o perdão judicial (artigo 4º).

Mas, para tanto, a negociação realizada entre acusação e defesa deve ser homologada pelo juiz, que poderá inclusive não homologar caso não entenda ser satisfatória ou proporcional à negociação firmada, podendo neste caso propor ajustes.

Como se vê, diferente do modelo americano que visa desafogar o judiciário, compondo as partes e evitando-se o juízo, no Brasil é de suma importância o papel do magistrado.

III – Colaboração X Ética

Uma crítica à Colaboração Premiada gira em torno da ética e da moralidade, uma vez que, o colaborador ou delator seria um traidor, revelando as atividades da Organização Criminosa, e, assim sendo, o Estado estaria se valendo da traição e deslealdade, ou seja, meios imorais para condução da persecução penal.

Haveria ainda, a aplicação de pena desproporcional entre o colaborador e os demais membros da Organização, uma vez que, pelo cometimento do mesmo crime, o colaborador pode ter sua pena reduzida em até dois terços, tê-la substituída por restritiva de direitos, ou até mesmo receber o perdão judicial. Estes benefícios podem gerar certa sensação de impunidade, mesmo que o colaborador devolva o proveito do crime, sempre se terá a impressão que se foi devolvido parte do ganho e não sua integralidade. Como na Operação Lava Jato, onde os colaboradores têm admitido o ganho de cifras bilionárias, e sua devolução ao erário tem se dado de forma tão *blasé*, que se faz pensar se a quantia admitida é a mesma realmente auferida.

Enfim, em relação à ética fica o questionamento: Deve haver ética entre criminosos? Ora, se o colaborador de livre e espontânea vontade, resolve revelar sua participação em atividades delituosas, e com isso receber os benefícios da Colaboração Premiada, não há que se falar em falta de ética pelo fato do mesmo (colaborador) identificar outros coautores ou partícipes, afinal, a única ética que se deve esperar das pessoas é aquela que mantém os indivíduos dentro da Lei, e não sendo fiel a quem age contra ela.

Também não haveria grande inovação por parte do Estado, com a concessão desses benefícios, uma vez que, o Código Penal já contempla benefícios àqueles que se arrependem do cometimento do crime e tentam de alguma forma minimizar seus danos, como no artigo 15, desistência voluntária e arrependimento eficaz, onde o agente só responderá pelos atos já praticados e não pela tentativa daquele crime

mais grave que se pretendia cometer, ou o artigo 16, arrependimento posterior, em que o agente pode ter sua pena diminuída em até dois terços, e sempre são circunstâncias que atenuam a pena, segundo o artigo 65, ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

Ao que tange a diferença de penas aplicadas aos membros da mesma Organização, também não se vê embaraços, uma vez que, o artigo 29 do Código Penal prevê que quem colabora para o cometimento do crime deve responder pelas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade, assim, não há que se falar em uma sanção única, devendo cada qual, responder na medida de sua participação e inclusive recebendo os benefícios individuais a que fizer *jus*.

Neste mesmo sentido o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988, prevê a individualização da pena. Tudo isso torna sim razoável e proporcional, que os delatores sejam beneficiados por suas colaborações, recebendo pena mais branda que seus comparsas, obtendo favorecimento para migrar para regimes de cumprimento de pena menos severos, inclusive com saltos, do regime fechado para o aberto, sem passar pelo intermediário semiaberto, se for o caso.

Em suma, a Colaboração Premiada é de fato uma traição, porém, não se deve esperar valores moralmente elevados entre membros de uma Organização Criminosa, até mesmo em virtude da própria natureza da atividade, que contraria o bem comum, e ademais, a busca de formas de desbaratar essas Organizações, é sim uma discussão bem mais relevante.

IV – Organizações Criminosas X Convenção de Palermo

A Lei nº 12.850 de 2013 foi à primeira Lei a definir o que é Organização Criminosa, inobstante outras mencionassem o crime, era difícil o enquadramento neste tipo penal por falta de definição. A ausência de um conceito poderia ferir o Princípio da Legalidade, deixando pairar em

nosso Ordenamento Jurídico, um tipo vago e impreciso. Hoje a definição é:

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º **Esta Lei define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º **Considera-se organização criminosa** a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (Grifo nosso)

Desta forma, se enquadrará neste tipo, quatro indivíduos ou mais que se associarem para o cometimento de crimes, cuja pena máxima a eles cominada seja superior a quatro anos ou tenha caráter transnacional, de forma não eventual e estruturada com divisão de tarefas. A mera associação já configura o crime, não carecendo que a Organização leve a cabo a empreitada delitiva. Trata-se de um crime permanente, ensejando a prisão em flagrante dos membros da Organização a qualquer tempo.

Ocorre que, a definição trazida pela Lei nº 12.850 de 2013 conflita com aquela estabelecida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como **Convenção de Palermo**, por ter sido concluída na cidade de Palermo, Itália, no ano de 2000.

O Brasil e muitos outros países são signatários, e como tal, de acordo com o artigo 5º da Convenção, deveriam adotar medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal a participação em um grupo criminoso organizado.

Tudo isso, objetiva combater a globalização do crime organizado, o que é imperativo, quando se observa uma crescente na prática de crimes como tráfico internacional de armas, pessoas e drogas, que só poderá ser combatido se houver cooperação mútua entre os países.

Fato controvertido ocorre quando a Lei nº 12.850 de 2013 diz que Organização Criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, pois a Convenção de Palermo em seu artigo 2º define: “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas [...]” e ainda, enquanto para a Lei nº 12.850 de 2013 uma característica seria a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, para a Convenção: “Infração grave - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”.

Desta maneira, divergem a Lei nº12.850 de 2013 e a Convenção de Palermo quanto ao número de pessoas que associadas formariam um grupo criminoso, e o *quantum* da pena máxima aplicada para a infração penal.

Sendo assim, o que é Organização Criminosa para a Convenção de Palermo, como no caso de três pessoas associando-se para cometer infração penal cuja pena máxima aplicada a eles seria de 4 (quatro) anos, não é para a Lei nº 12.850 de 2013, onde seria preciso a participação de no mínimo quatro pessoas e a pena máxima cominada a infração penal por eles praticada deveria ser superior a 4 (quatro) anos.

Muito embora as diferenças pareçam singelas, na prática têm grande implicação, já que o que se objetiva é a cooperação entre os países,

uma divergência entre as definições de Organização Criminosa, pode impossibilitar essa ajuda mútua, pois haverá casos em que, enquanto para outro país que tenha seguido a definição da Convenção de Palermo, os suspeitos se enquadrem como grupo criminoso, para o Brasil não será.

A Lei nº 12.850 de 2013 alterou ainda o artigo 288 do Código Penal brasileiro que hoje define o crime de **Associação Criminosa**, assim, a antiga redação era: “Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes” não mais subsiste, extinguindo-se o crime de quadrilha ou bando. Hoje a nova redação é:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Da nova redação do artigo 288 do Código Penal, se compreende que a configuração do crime de Associação Criminosa, se dá no momento em que no mínimo três pessoas decidem se associar para o fim específico de cometer crimes, numa reunião de caráter duradouro. Assim, o enquadramento neste tipo penal independe da efetiva prática delitiva, bastando tão somente à associação para tal fim, uma vez que, o bem jurídico a ser tutelado por este tipo penal é a paz pública, e para mantê-la, deve-se afastar qualquer potencial ameaça.

O crime de Associação Criminosa não se confunde com a qualificadora ou majorante concurso de pessoas, pois a Associação deve ter como já dito, caráter duradouro, contrário da eventualidade dos crimes cometidos em concurso de pessoas, onde os agentes se reúnem para cometer determinado crime meramente por conveniência, como

num crime de homicídio, por exemplo, que pode ser cometido por um único agente, porém, buscando êxito em uma emboscada, três agentes agem em concurso de pessoas, dividindo tarefas. Note-se, que essa união foi para o cometimento de um único crime, não havendo a intenção de esses agentes associarem-se para o cometimento de uma série de homicídios. A esse respeito assevera Rogério Greco.

[...] os integrantes do grupo não se reúnem apenas, por exemplo, para a prática de um ou dois delitos, sendo a finalidade do grupo a prática constante e reiterada de uma série de crimes, seja a cadeia criminosa homogênea (destinada à prática de um mesmo crime), seja heterogênea (cuja finalidade é praticar delitos distintos, a exemplo de roubos, furtos, extorsões, homicídios, etc.). (GRECO, 2014).

O parágrafo único do artigo 288 do Código Penal traz a causa especial de aumento de pena, de até a metade, se a Associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. Isso se dá em virtude do maior juízo de censura ou reprovação, porém, vale ressaltar que, para que os integrantes da Associação tenham suas penas agravadas em virtude de participação de adolescentes, é imperativo que estes saibam que se tratava de menores, do contrário podem alegar erro de tipo, afastando a causa especial de aumento de pena.

V – Colaboração Premiada

A imprensa nacional popularizou o termo “Delação Premiada” em virtude da grande cobertura dada a Operação Lava a Jato. Diariamente nas mídias são vinculadas notícias acerca dos colaboradores e suas declarações. Neste momento faz-se *mister* uma conceituação. Para Capez:

Delação ou chamamento de correu é a atribuição da prática de crime a terceiro, feita

pelo acusado, em seu interrogatório, e pressupõe que o delator também confesse a sua participação. Tem o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação e admite reperguntas por parte do delatado (Súmula 65 das Mesas de Processo Penal da USP). (CAPEZ, 2014)

Nos ensinamentos de Nucci:

Delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em *delação* quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator. (NUCCI, 2014)

Desde o início das investigações da Lava Jato um fato curioso é o “protagonismo” ou notoriedade que vem sendo dispensada ao Juiz da 13ª Vara Federal Criminal no Paraná, Sérgio Fernando Moro. Os holofotes da mídia se voltaram a Moro, inobstante a fase ser de investigações naquele momento, e com isso, o, mais natural seria que tamanho destaque fosse dado a Polícia Federal que é a competente para o caso, ou mesmo, ao Ministério Público Federal.

Tal fato tem ocorrido em virtude do comprometimento de Moro, que tem conduzido muito bem as investigações a ponto de merecer tal notoriedade e destaque. O que preocupa neste caso, é que no Brasil, ao contrário do que se vê na evolução do processo penal de outros países, a prevenção é uma causa de fixação de competência, ou seja, o Juiz que atuou em decisões na fase pré-processual é o competente para julgar.

Assim, esse Juiz que já precisou julgar, por exemplo, um pedido de prisão preventiva ou temporária, será aquele que julgar  o processo. O que vai   contramão do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, onde o Juiz preventivo   Juiz contaminado e não pode julgar, pois teria neste caso, sua imparcialidade comprometida.

Afinal, ser humano que  , este Juiz talvez não consiga se “descontaminar” de sua atua o na fase pré-processual, para ressurgir distante e imparcial para ao final do processo sentenciar com justiça, quanto antes, será o processo mero jogo de cena, onde o ato final será a condena o do réu, que se viu pr -julgado, mesmo antes de poder defender-se num processo.

No caso em apreço, Moro já precisou decidir várias vezes, e demonstrou preocupa o com a fuga dos investigados, devido ao seu alto poder econ mico, e desta forma, decretava prisões. Como no Brasil o sistema processual adotado   o acusatório, e, ao contrário do que sugere o nome, “acusatório”   uma garantia, quer dizer que serão pessoas distintas, a que acusa da que julga, sendo esta última (a que julga) imparcial, não   conveniente que o julgador participe de decisões, e condu o das investiga es se envolvendo na produ o de provas, por exemplo.

Assim sendo, o mais prudente seria mesmo que, o Juiz que participasse da fase pré-processual fosse considerado contaminado, e não julgasse o caso, pois   humanamente inexigível que alguém que participou de coletas de provas, decidiu acerca da prisão e liberdade dos acusados, venha a ser imparcial em sua sentença, fica evidente que o resultado não poderá ser outro se não a condena o, pois de outra forma, se não convencido da robustez do lastro probatório, não teria sequer iniciado a a o penal, movimentando a “máquina” estatal sem justa causa.

Ainda acerca do “protagonismo” de Moro, conclui-se que o fato se deve a popula o costumar “endeusar” aqueles que realizam bem seu trabalho, principalmente no combate a corrup o

ou punição dos corruptos, como ocorreu com o ex-ministro Joaquim Barbosa, amado pelo povo, mas, nem tanto assim por alguns colegas e políticos, que preferiu se afastar do Supremo pedindo sua aposentadoria.

V. I - Investigação e Meios de Obtenção da Prova

A Lei nº 12.850 de 2013 contempla em seu artigo 3º, inciso I, a Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova, que pode se dá em qualquer fase da persecução penal, sem prejuízo de outros meios previstos em Lei.

A Colaboração Premiada é um benefício concedido ao integrante da Organização Criminosa, que de livre vontade decide confessar os crimes cometidos, bem como diminuir ou reparar seus efeitos, colaborando com as investigações, assim permitindo o fim das atividades da Organização.

O colaborador poderá obter até mesmo o perdão judicial, mas cada caso deverá ser analisado, e os benefícios serão concedidos levando-se em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do crime cometido, bem como a eficácia da colaboração prestada.

No que se refere aos benefícios concedidos ao colaborador e os resultados que se devem alcançar para obtê-los, artigo 4º da Lei nº 12.850 de 2013:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais cultores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Como se vê, os incisos do artigo 4º são alternativos, e não cumulativos, assim, a discussão ética acerca da colaboração, que para muitos seria a premiação de um traidor, não tem respaldo, pois não é condição *sine qua non* que o colaborador indique os outros membros da Organização, a simples devolução do produto ou proveito do crime já dá ensejo aos benefícios da Colaboração Premiada.

Ou ainda, pensemos num caso de extorsão mediante sequestro, onde mesmo não tendo o colaborador indicado o nome de outros membros da Organização, a vítima tenha sido encontrada ileso e entregue a família mesmo sem pagar o valor do resgate. Assim, mesmo sem ter “traído” seus comparsas, o colaborador terá contribuído com algo muito mais valioso, que é a preservação da vida da vítima.

Segundo o parágrafo 2º, do artigo 4º da Lei, dependendo da relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao

juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, mesmo que tal benefício não constasse no acordo inicial de Colaboração Premiada, assim, o acordo não permanece “engessado” em seus termos iniciais, afinal, com o desenrolar das investigações, novos fatos podem surgir, e as informações do colaborador, podem se mostrar mais relevantes do que aparentavam ser num primeiro momento.

No que concerne ao oferecimento de denúncia em face ao colaborador, o prazo poderá ser suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, suspendendo-se o prazo prescricional, a fim de que, se dê tempo hábil para averiguação das informações prestadas, e consequente dismantelamento da Organização Criminosa e suas atividades delitivas.

O Ministério Público poderá até mesmo deixar de oferecer denúncia contra o colaborador, desde que, este não seja o líder da Organização Criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração para as investigações.

Caberão ainda benefícios, para àqueles que prestarem colaboração após a sentença, podendo nestes casos, ocorrer à redução da pena pela metade, ou ainda, progressão de regime sem que se pesem os requisitos objetivos.

V. II – Realização dos Acordos de Colaboração Premiada.

Segundo inteligência do parágrafo 6º, do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, o Juiz não participará das negociações para realização do acordo de Colaboração Premiada, tarefa que será exercida pelo Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. Tal tarefa poderá ainda ser exercida pelo delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a devida manifestação do Ministério Público.

Este ponto se torna controverso, afinal o “dono” da Ação Penal Pública é o Ministério Público, e aqui a Lei 12.850/13 relativiza dando ao

Delegado de Polícia a capacidade postulatória para realizar acordos de colaboração.

Sobre relativização, vejamos: a Constituição Federal atribui a titularidade da Ação Penal ao Ministério Público e excepcionalmente ao ofendido, assim, em virtude dos Princípios da Obrigatoriedade e o da Indisponibilidade da Ação Penal, uma vez iniciada a Ação, o Ministério Público não pode desistir dela, tendo o dever de investigar e buscar a punição para o autor de uma infração penal.

Porém, pode haver uma relativização desses Princípios, como ocorre na suspensão condicional do processo, do artigo 89 da Lei 9.099 de 1995, ou o trancamento da Ação Penal por meio de um *habeas corpus*.

Os acordos de Colaboração Premiada deverão respeitar a forma prescrita no artigo 6º da Lei 12.850/13, *in verbis*:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Uma vez realizado o acordo, este carece de homologação judicial, e para tanto, o referido acordo juntamente com cópias das investigações, deverão ser remetidas ao Juiz competente que verificará a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, mesmo que, para isso, o Juiz ouça sigilosamente o colaborador, porém, acompanhado de seu defensor. A esse respeito, Pacelli:

[...] se de acordo os legitimados, MP, o colaborador e seu defensor, será assinado um termo de colaboração, devidamente acompanhado das declarações do colaborador e cópia dos procedimentos de investigação já registrados, para posterior encaminhamento à distribuição em juízo, a quem caberá o exame da regularidade e da legalidade do ajuste (art. 4, parágrafo 7). Querendo, o juiz poderá ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. (PACELLI – 2014)

Caso o Juiz entenda que a proposta de acordo não está adequada, seja por não atender aos requisitos legais, ou ainda, não guardar proporcionalidade entre os benefícios que se almejam e o caso concreto, o Juiz poderá recusar homologar o acordo, e nesta situação, propor um ajuste, como a aplicação de pena restritiva de direito ao invés de perdão judicial, ou redução de um terço da pena no lugar de dois terços, e, se ainda assim as partes não chegarem a um consenso, o acordo não será homologado.

Nos casos onde houver a homologação do acordo, o investigado ou acusado fica à disposição do Ministério Público ou do delegado de polícia responsável pelas investigações, para ser ouvido sempre que preciso, desde que, acompanhado de seu defensor, nessa oportunidade renunciará ao direito ao silêncio e terá o compromisso legal de dizer a verdade.

Este   outro ponto controverso da Lei n  12.850/2013, uma vez que, o silêncio   um direito Constitucional, consagrado no artigo 5  que trata dos direitos e garantias fundamentais, senão, vejamos:

Art. 5  - LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (Grifo nosso)

Porém, Pacelli entende que esse direito Constitucional não causa nenhum óbice ou embaraço, pois para ele: “as declarações do colaborador, para serem eficientes e fundamentarem o acordo deverão ser tomadas como se de testemunhas se tratasse, não se aplicando as regras atinentes ao direito ao silêncio”(PACELLI – 2014). Ainda segundo o mesmo autor não há “dever ao silêncio” e o delator ao tomar a livre decisão de colaborar, abrindo mão desde “direito” estaria tão somente aceitando as consequências da sua confissão.

A obrigação de comparecer para ser ouvido pesa até mesmo sobre os colaboradores que fizeram acordos onde se prevê o perdão judicial, ou ainda, nem sequer serem denunciados, devendo sempre que possível, ser realizado registros de seus depoimentos por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, com o fito de se obter maior fidelidade as informações prestadas, ressaltando-se que, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por seu defensor.

As partes poderão se retratar da proposta de acordo, porém, tal discricionariedade não garante que esta retratação seja feita por ato unilateral do Estado de forma arbitrária, pois se a colaboração restar infrutífera, não há que se falar em retratação, mas sim em ineficácia, sendo esta uma condição essencial para validade do acordo de colaboração. Portanto, não   razoável aceitar que sejam retirados direitos

dos colaboradores sem que estes tenham dado causa, retratando-se de um acordo que cumpriu sua finalidade.

Quando a retratação se der por parte do investigado ou acusado, as provas autoincriminatórias produzidas com a ajuda deste, não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

No que diz respeito à sentença, essa deverá apreciar os termos do acordo homologado, desde que eficaz a colaboração prestada, porém, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamentação exclusiva nas declarações do delator, que deverão servir para colaborar nas investigações, e estas sim, formarem um lastro probatório incontestado que pesará sobre o condenado.

V. III – Direitos dos Colaboradores

Os direitos dos colaboradores estão elencados no artigo 5º da Lei ora em análise, e são eles:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Como se vê, o colaborador tem direito a ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas e não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.

Nada disso guarda qualquer semelhança com o que tem sido visto na Operação Lava Jato, onde diariamente as mídias “bombardeiam” seus espectadores com informações pessoais dos colaboradores, bem como, daqueles que estão sendo apontados como beneficiados do esquema de corrupção e pagamento de propina.

Ser considerado inocente até que se prove o contrário é uma garantia Constitucional, porém, quando um investigado ou acusado é exposto na mídia, essa presunção de inocência resta prejudicada, uma vez que, grande parte da população é leiga, e não compreende a diferença entre investigado, acusado e condenado, pondo todos no mesmo patamar.

Assim, mesmo que um investigado ou acusado seja inocentado ao final do processo, sua imagem pública já terá sofrido danos irreparáveis, e, muito provavelmente a sensação que se gerará será a de impunidade, e não a da real inocência do agente.

Bem verdade que a população brasileira anda “sedenta” de justiça, e assim como ocorreu no “mensalão”, todos estão acompanhando atentamente o “petrolão”, o que incentiva as mídias a repercutirem, afinal matéria é dinheiro, pois gera audiência.

Esta publicidade pode atrapalhar o curso das investigações, que deveria ser sigilosa visando maior eficiência, pois provas importantes podem ser perdidas, caso de antemão alguém saiba que será investigado,

por estar sendo apontado por algum colaborador, pode destruir provas e indícios do cometimento do crime.

O Juiz Sérgio Fernando Moro tornou público detalhes das investigações da Operação da Lava a Jato, e na ocasião sofreu críticas, ensejo em que alegou não estar vazando informações e sim dando publicidade as mesmas.

Em obediência ao artigo 7º da Lei nº 12.850/2013, o pedido de homologação do acordo deveria ser sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não poderiam identificar o colaborador. Mais uma vez não é o que se tem visto na Lava Jato, pois os nomes dos colaboradores da operação estão sendo largamente vinculados pelas mídias.

O acordo de Colaboração Premiada deixa de ser sigiloso assim que é recebida a denúncia, porém, deve-se ainda respeitar os direitos dos colaboradores elencados no artigo 5º da Lei nº 12.850/2013.

VI – Outras Leis que preveem a Colaboração Premiada

A Colaboração Premiada não é exclusividade da Lei 12.850/13 para o crime de Organização Criminosa, pois já havia esta previsão em outras leis. Senão vejamos:

No crime de Extorsão Mediante Sequestro, artigo 159 do Código Penal Brasileiro, prevê que quando tal crime for cometido em concurso de pessoas, aquele que colaborar e por resultado houver a libertação da vítima, será o agente beneficiado com uma redução de pena de um a dois terços.

Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o **denunciar** à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, **terá sua pena reduzida de um a dois terços.** (Grifo nosso)

Semelhante benefício é previsto na Lei nº 7.492/86 que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, pois também prevê redução de pena de um a dois terços para os agentes que, tendo agido em associação criminosa ou como coautor ou partícipe, de espontânea vontade confesse, revelando assim toda a trama delituosa.

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de **confissão espontânea revelar** à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços.** (Grifo nosso)

Fato diferente não se dá com os agentes enquadrados na Lei nº 8.137/90 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, onde, mais uma vez, caso o agente pertencente à associação criminosa, colabore de espontânea vontade, revelando toda a trama delituosa, poderá ver sua pena abrandada em até dois terços.

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como

indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de **confissão espontânea revelar** à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços.** (Grifo nosso)

Ainda mais benéfica é a Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, pois nela, além da retro mencionada redução de pena de um a dois terços, poderá ainda o agente cumprir pena em regimes menos severos, tais como aberto ou semiaberto, sendo facultado ao Juiz até mesmo deixar de aplicar à pena.

Outra faculdade dada ao Juiz é a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Tudo isso, ponderando-se a colaboração do agente que, sendo autor, coautor ou partícipe, colabore com as autoridades a fim de apurar-se a infração penal, identificar outros coautores ou partícipes ou a localização dos bens ocultados.

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 5º A pena **poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto**, facultando-se ao juiz **deixar de aplicá-la ou substituí-la**, a qualquer tempo, por pena **restritiva de direitos**, se o autor, cultor ou partícipe **colaborar espontaneamente** com as

autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Grifo nosso)

O perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade têm previsão na Lei nº 9.807/99, a qual estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas.

O agente sendo primário e havendo colaborado efetiva e voluntariamente com as investigações, poderá obter tal benefício caso através dessa colaboração a vítima seja encontrada com a integridade física preservada; outros coautores ou partícipes sejam identificados e o proveito do crime seja recuperado de forma parcial ou em sua integralidade.

Mesmo nos casos onde não houver o perdão judicial, poderá haver o benefício da redução de pena de um a dois terços.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial** e a consequente **extinção da punibilidade** ao acusado que, sendo primário, tenha **colaborado efetiva e voluntariamente** com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado. (Grifo nosso)

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que **colaborar voluntariamente** com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, **terá pena reduzida de um a dois terços.** (Grifo nosso)

Por fim, a Lei nº 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, também contempla o benefício da redução de pena de um a dois terços, para os agentes que colaborarem com a persecução penal e consequente identificação de outros agentes envolvidos, sejam coautores ou partícipes, bem como, a recuperação integral ou parcial do proveito do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que **colaborar voluntariamente** com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, **terá pena reduzida de um terço a dois terços.**(Grifo nosso)

Nenhuma dessas Leis foi revogada pela Lei 12.850/13, porém, certamente há divergências acerca dos benefícios concedidos ao

colaborador, e, portanto, como a Lei 12.850/13 foi a única a instituir um modelo de procedimento para a Colaboração Premiada, deve ser esta, a ser aplicada nos casos onde for mais benéfica.

VII – Reflexos Sociais e Jurídicos da Operação Lava Jato

Revelar o maior esquema de corrupção da história do Brasil rende a Operação Lava Jato reflexos sociais e jurídicos, exemplo disso é a recente decisão do Juiz da 2ª Vara Criminal de [Franca](#) - SP, Drº Wagner Carvalho Lima, que em 12 de maio de 2015, ao decidir sobre a concessão de Liberdade Provisória a 20 acusados de integrar uma quadrilha especializada na falsificação e comercialização de defensivos agrícolas (agrotóxicos), se valeu da decisão do Supremo Tribunal Federal que concedeu prisão domiciliar aos investigados da Operação Lava Jato.

Para Lima em um país onde os integrantes de uma Organização Criminosa que roubou bilhões de reais de uma empresa de patrimônio nacional estão em casa por decisão do STF, ele não teria como justificar a manutenção da prisão do réu neste processo, que proporcionalmente causou um mal menor à sociedade, embora também muito grave, segundo sua avaliação.

Como se vê, não é apenas o cidadão comum que se sente aviltado com os privilégios concedidos a essa Organização Criminosa, nosso Judiciário também não é indiferente a desproporcionalidade de tratamento dado a grandes empresários e políticos *versus* investigados de menor poder aquisitivo, sendo que, para esses últimos sempre faltam as tornozeleiras eletrônicas, que seriam uma ótima alternativa contra o encarceramento, sendo esses investigados acompanhados por uma central de monitoramento. Seria a tecnologia a serviço da Justiça, minorando gastos com o cárcere, e evitando-se injustiças, privando a liberdade de alguém que pode ao final do processo provar ser inocente.

Com isso, inobstante a indignação da população com o tratamento dado aos investigados da Lava Jato, o que de fato está errado

é que este tratamento não se estenda a todos os investigados no Brasil, exceto é claro nos casos onde a prisão preventiva for à medida mais adequada, pois os métodos alternativos ao cárcere são um avanço, mas não está aí para beneficiar somente uma minoria privilegiada.

VIII – Considerações finais

Com tudo isso, vê-se que a Colaboração Premiada é uma eficiente ferramenta para se desbaratar uma Organização Criminosa, pois o colaborador com o fito de obter benefícios como redução de pena; substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; progressão de regime de forma mais célere e benéfica; perdão judicial ou até mesmo não ser denunciado, colabora com as investigações ajudando a cessar as atividades delituosas da Organização.

Inobstante as críticas sofridas pelo instituto, viu-se que a Colaboração Premiada em nada contraria a ética, não tendo respaldo o argumento que o Estado estaria se utilizando de meios imorais como a traição e a deslealdade para conduzir as investigações, pois como demonstrado, não é condição *sine qua non* que o colaborador indique os nomes de outros membros da Organização, havendo outras condições no artigo 4º da Lei nº 12.850/13 que se cumpridas podem gerar um acordo de Colaboração Premiada, e, ainda assim, mesmo que o colaborador indique nomes de comparsas, não é exigível esperar lealdade entre criminosos, e a única ética que devemos esperar de uma pessoa é aquela que a mantenha dentro da lei, e não fora dela.

Para maior eficiência da Colaboração Premiada, esta deve ser mantida em sigilo, porém, este instituto ficou conhecido em todo o Brasil através da Operação Lava Jato, sobre a qual, diariamente é largamente divulgada informações pelas mídias.

O artigo 5º da Lei nº 12.850/13 garante aos colaboradores uma série de direitos, dentre os quais terem seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas e não ter sua

identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito, o que claramente não vem ocorrendo no caso dos colaboradores da Operação Lava Jato, cuja identificação e teor de suas colaborações são amplamente vinculados.

Desta forma, se respeitado os termos da Lei nº 12.850/13, o instituto da Colaboração Premiada ajudará no combate deste terrível mal que são as Organizações Criminosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Decreto Lei nº 2.848 de dezembro de 1940. Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 16/10/2015.

BRASIL. **Lei nº 7.492 de 16 de Junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm> Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 8.137 de 27 de Dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Planalto Central. Disponível em: Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 03 de Março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm> Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 9.807 de 13 de Julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9807.htm> Acesso em 02/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Planalto Central. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 02/06/2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Volume IV, 10. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forence, 2014.

OLIVEIRA, Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

VALENTE, Rubens. **Posto de Gasolina no DF motivou operação**. Folha de São Paulo (on line). Brasília, 16/11/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548828-posto-de-gasolina-no-df-motivou-operacao.shtml>> Acesso em: 07/05/2015.

TESTA, Fernanda. **Juiz diz não poder manter grupo preso após decisão do STF sobre Lava Jato**. G1 Ribeirão e Franca (on line). Franca, 12/05/2015. Disponível

em:<<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2015/05/juiz-diz-nao-poder-manter-grupo-presos-apos-decisao-do-stf-sobre-lava-jato.html>> Acesso em 03/06/2015.

ALTERNATIVAS PENAIS COMO POLÍTICA CRIMINAL

ANDRE VICENTINI GAZAL: Defensor Público do Estado de São Paulo. Especialista em Ciências Penais. Especialista em Direito Constitucional.

RESUMO: A presente trabalho tem como escopo analisar as alternativas penais como política criminal. Como forma de sustentar a aplicação das medidas alternativas, faz-se um questionamento sobre as funções da pena e uma breve análise do fracasso do sistema prisional. Por fim, passa-se a discorrer quanto à importância das alternativas penais como política criminal, sendo apresentados argumentos a favor de sua aplicação como regra e não apenas como exceção.

Palavras-chave: Alternativas Penais. Fracasso do sistema prisional. Ineficiência da aplicação da pena privativa de liberdade. Política Criminal

INTRODUÇÃO

As penas têm origem na ideia de vingança. A partir do século XVIII surgiram abundantes críticas ao modelo da legislação penal, especialmente na época da Revolução Francesa. Os críticos defendiam a liberdade dos indivíduos e enalteciam os princípios da dignidade do homem. Essa pressão acabou por influenciar a evolução humana e resultou na diminuição gradativa dos castigos impostos pela vingança.

O Direito penal assumiu um papel de suma importância nesse instante, pois tutela o indivíduo ante as agressões ao sistema por outros cidadãos e assegura a sociedade a necessária intervenção estatal para proteção dos bens jurídicos relevantes.

Além disso, é um elemento pacificador, diante da missão de tutela dos bens jurídicos relevantes, em razão da necessária construção de um Estado constitucional e democrático de Direito, fundada em valores essenciais da sociedade, mas de forma fragmentária e subsidiária.

Diante da ampla utilização do Direito penal, existiram diversas discussões a respeito das funções que as penas exerciam e quais as formas seriam aplicadas, bem como se estariam sendo respeitados os princípios e garantias fundamentais do cidadão.

Ao final, abordaremos a falência do sistema prisional brasileiro e a necessidade da substituição das penas privativas de liberdade pelas alternativas penais, uma vez que o sistema carcerário atual não propicia qualquer tipo de ressocialização aos indivíduos.

Dessa forma, o presente trabalho se dedica apresentar alternativas penais ao sistema e ao modelo atualmente vigente.

1.0 CÓDIGO PENAL DE 1940 E O SURGIMENTO DE ALTERNATIVAS PENAIS

O atual Código Penal é do ano de 1940, que diferentemente dos anteriores, foi objeto de vasto estudo realizado por uma comissão. Cabe informar que o novo Código Penal somente passou a vigorar em 1º de janeiro de 1942.

Uma das mais importantes alterações realizadas foi à exclusão das contravenções penais do Código, que passaram a ser objeto de lei apartada. No tocante às penas restritivas de liberdade^[1], estas seriam meramente acessórias na aplicação da pena. Era permitida ao magistrado a escolha entre as penas alternativamente cominadas, a faculdade de aplicar

cumulativamente penas de espécie diversa e até mesmo deixar de aplicá-las[2].

Na época da ditadura tentou-se elaborar um novo Código, mas não houve êxito na ideia.

Em 1980, diante da necessidade de aprimoramento de um código não mais condizente com as necessidades da época, foi incumbido ao professor Francisco de Assis Toledo, da Universidade de Brasília, realizar uma reforma no Código em vigor.

No ano seguinte foi apresentado o anteprojeto de alteração da “Parte Geral” do Código Penal ao Congresso Nacional, que somente foi promulgado em 1984 (Lei nº 7.209 de 11/07/1984). Além da nova Parte Geral que adotou o sistema vicariante (pena ou medida de segurança) foi também promulgada a Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11/07/1984, a fim de regular a execução das penas e das medidas de segurança.

Dentre as diversas alterações e inovações do sistema[3], cabe destacar as efetuadas no campo das penas restritivas de direitos, que passaram a ser assim denominadas, bem como ganharam uma seção própria no código. Passaram então, a ser divididas em três categorias distintas: (i) prestação de serviços à comunidade[4]; (ii) interdição temporária de direitos; e (iii) limitação de fim de semana.

Além disso, as penas restritivas de direitos retornaram, assim como no código de 1830, a serem penas autônomas, deixando de ser meramente acessórias. Ainda, poderiam ser substitutivas das penas privativas de liberdade sempre que fossem inferiores a um ano ou se o crime fosse culposos, sendo causa impeditiva para a substituição, a reincidência, bem como os casos[5] em que a substituição não se mostrasse eficiente.

Em 1995 foi criada a Lei n  9.099/95 com a inten o de tratar das infra oes de menor potencial ofensivo. A legisla o definiu medidas alternativas, como a transa o penal, para as contraven oes penais e crimes cuja pena máxima n  seja superior um ano.

A Lei n  9.714/98 trouxe uma verdadeira altera o na concep o de aplica o das penas. Foram previstas penas alternativas   prisão. Essas penas por seu caráter pedagógico e ressocializador foram muito bem aceitas, principalmente diante da crise do sistema carcerário. A lei estabeleceu duas novas modalidades de penas restritivas de direitos: (i) a presta o pecuniária; e (ii) a perda de bens e valores. Foram mantidos os requisitos anteriores concernentes a reincidência, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias favoráveis do crime.

Sem desconsiderar os requisitos ora mencionados, a substitui o poderá ocorrer, independente da pena aplicada, por condena o a crime culposo, entretanto, quanto ao crime doloso,   pena aplicada n  poderá ser superior a quatro anos.

O professor Guilherme de Souza Nucci ainda esclarece:

“Outras reformas pontuais foram introduzidas, tanto na Parte Geral quanto na Especial, fazendo com que o Código Penal n  possua mais um sistema harm nico. Ao contrário, conseguiu-se deformá-lo apresentando situa oes contraditórias como, apenas para citar um exemplo, a possibilidade de concessão de penas restritivas de direitos a crimes cuja pena privativa de liberdade n  ultrapasse quatro anos, mas a suspensão condicional da pena, mais rigorosa, somente

pode ser aplicada a crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a dois anos”[6].

Referidas contradições necessitam ser sanadas pelo magistrado, mediante a interpretação e aplicação da norma com base no caso concreto, entretanto, essa situação, confere ao sistema penal brasileiro uma grave insegurança jurídica e a dependência do bom senso do magistrado.

Ainda mais, diante da falência do sistema prisional brasileiro, que não ressocializa o indivíduo.

2. DA FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL

Existem muitos estudiosos que defendem a crise do sistema penitenciário como uma decorrência do sistema capitalista.

Entretanto, não se pode cominar apenas aos problemas sociais e econômicos a falência do sistema prisional.

A falta de poder de compra dos menos favorecidos, a ausência do poder estatal, seja como garantidor das necessidades básicas (moradia, educação e saúde), seja como garantidor da ordem social até podem ser consideradas como causa do aumento da criminalidade.

No entanto, existem outros elementos, como por exemplo: a- a falta de orçamento para manutenção do sistema prisional (alimentação deficiente, mau estado das instalações, desvios dos recursos); b- pessoal técnico despreparado; c- ociosidade dentro do sistema, ou seja, a inexistência de um programa que possibilite o interno ser efetivamente ressocializado, entre outras diversas causas.

Dessa forma, apesar de todas as normas regulamentadoras de nosso ordenamento, pode-se dizer que

estamos diante de um “pluralismo jurídico”, onde em um mesmo espaço físico vigora a lei do Estado e outra fonte de lei, que é paralela a essa. Nas palavras de Boaventura:

“Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modo diverso (Santos, 1986, p. 27)” [\[7\]](#).

Esse fenômeno se deve à ausência da presença do Estado em locais com maior índice de violência. Dessa lacuna, surge, portanto, a necessidade de se estabelecer novas formas de juridicidade, estabelecendo normas socialmente formadas e impostas.

O mundo do crime é a ausência do Estado, com a possibilidade de haver um direito constituído, “não como uma desordem, uma ordem pelo avesso, ou uma falta de ordem”. É o estabelecimento de leis de convivência contrárias as que o Estado prevê. Nota-se, em decorrência disso, que o sistema prisional brasileiro é um desses focos de pluralismo jurídico, uma vez que abriga o mundo paralelo do crime, guiado por normas adversas a sociedade de uma forma geral.

3. A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A fim de preservar a vida social daqueles que estão do lado de fora do muro, o Estado utiliza a pena privativa de liberdade, que talvez seja um dos instrumentos mais graves, para supostamente ressocializar e reeducar aquele que fora condenado. Isso por que, conforme nos mostra a experiência, esse tipo de pena não resolve o problema da ressocialização do condenado, ao contrário, só o inclui na escola do crime.

“Nos últimos anos têm surgido várias medidas repressivas de extrema severidade em nossa legislação penal, criando um direito penal excessivamente intervencionista e preventivo, baseado na repressão e na exacerbação das penas privativas de liberdade como garantia de uma suposta paz social”[\[8\]](#).

As penas privativas de liberdade não têm sido aplicadas restritamente aos delitos tidos como mais gravosos previstos no Código Penal. Ao contrário, essas têm sido consagradas em diversas áreas do direito como, por exemplo, pelo Código do Consumidor, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelas Normas Penais Tributárias (Lei nº 8.137/90).

Dessa forma, foi imputada à sanção penal a solução de inúmeros conflitos sociais, razão pela qual, a atribuição, irresponsável, a inúmeros casos de penas privativas de liberdade, fez com que o número de presos no Brasil crescesse brutalmente, e, hoje, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2014, existem aproximadamente 567.655 internos, sendo que 41% deste total são presos provisórios.[\[9\]](#)

A pena privativa de liberdade, como pôde ser notado, não está cumprindo sua função social (será que algum dia cumpriu?). Além de não intimidar e prevenir no cometimento de novos crimes, também não está cumprindo o desempenho ressocializador. Está apenas contribuindo para a degradação do ser humano, uma vez que não se preocupa com a efetiva recuperação, permitindo que a população carcerária permaneça em uma situação degradante.

Por outro lado, aqueles que estão de fora das prisões vivem com os sentimentos de angústia, medo, insegurança, por perceberem que os índices de criminalidade não têm apresentado melhoras significativas. A população permanece a acreditar na impunidade dos indivíduos e sempre clama por maiores rigores na punição.

Esta situação social gera uma severidade ainda maior quanto à aplicação das leis pelos magistrados, que passam a utilizar da pena privativa de liberdade imoderadamente e sem qualquer critério, como uma suposta garantia da ordem. Não é à toa que a população carcerária mais que dobrou nos últimos anos.

A pretexto de reduzir a criminalidade e a impunidade o legislador brasileiro esmerou-se em editar novas leis que violam garantias penais básicas como a individualização da pena e a proporcionalidade, o que tem se mostrado preocupante nos últimos anos.

O sistema judiciário, assim, inicia um vasto processo de desrespeito aos princípios constitucionais e as garantias individuais dos condenados, ao invés de buscar meios preventivos de ação na luta contra a criminalidade, não considerando apenas as penas privativas de liberdade.

Assim, o sistema prisional brasileiro tem se transformado em uma fábrica de reincidentes, ao invés de proporcionar a ressocialização. O aprisionamento tem que deixar de ser a regra para se tornar a exceção. Deve-se dar preferência a medidas que realmente visem uma transformação substancial no comportamento daqueles que cometeram um erro.

De acordo com as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos “o fim e a justificação de uma pena de prisão ou de qualquer medida privativa de liberdade é, em última instância, proteger a sociedade contra o crime. Este fim somente pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinquente não apenas queira respeitar a lei e se auto sustentar, mas também que seja capaz de fazê-lo”[\[10\]](#).

Todavia, não se pode desconsiderar totalmente a pena privativa de liberdade, uma vez que o Estado deverá aplicá-la ao indivíduo que cometer crimes gravíssimos. Mas deve ser uma exceção e não a regra, uma vez que o problema da prisão é a própria prisão. Atualmente ela apenas serve para corromper, desmoralizar, aviltar, denegrir e embrutecer o presidiário. Heleno Fragoso já dizia “que a prisão é um trágico equívoco histórico e que só se justifica quando não houver, no momento, outra solução menos degradante”.

A pena privativa de liberdade por não ter demonstrado eficácia, quanto aos seus objetivos, precisa ser substituída por sanções que realmente contribuam para a ressocialização do condenado.

Portanto, a única alternativa para a solução da crise do sistema penitenciário brasileiro seria a substituição da prisão por alternativas penais (medidas alternativas e alternativas à prisão).

4. AS ALTERNATIVAS PENAIS COMO POLÍTICA CRIMINAL

O aumento da criminalidade nos últimos anos faz nos chegar a uma conclusão de que as políticas públicas adotadas no Brasil têm sido equivocadas. A ideia de apostar somente na pena de prisão, como forma de intimidar e ressocializar, se mostra a cada dia mais ineficaz.

O atual sistema carcerário brasileiro não é o meio mais adequado para os fins propostos. Parece claro que os presídios brasileiros em vez de ressocializar o condenado acaba por corromper ainda mais os indivíduos.

Neste sentido a professora Alice Bianchini:

“No Brasil se amontoam pessoas e sem pretender fazê-lo, mas sem ter como evitá-lo, fabricaram-se distorções humanas inacreditáveis, nos quais se vê surgir, até como modo de sobrevivência, uma ética prisional construída pelos encarcerados que estabelece uma lógica de comportamento altamente hierarquizada, capilarizada e forjadora de uma rede organizada de banditismo que extrapola os muros de qualquer presídio, espraiando-se pelas periferias dos grandes centros urbanos, com fundas conseqüências em todas grandes cidades”.[\[11\]](#)

Diante da crise instaurada em nosso ordenamento e da falência das penas privativas de liberdade, parece lógico que a solução necessária seria a aplicação das penas alternativas à prisão e também a criação de alternativas penais, como forma de uma nova política criminal, para que se possam alcançar os objetivos da aplicação da pena, ou seja, a ressocialização do condenado com a sua reinserção na sociedade, evitando-se assim a proliferação dos crimes.

Em primeiro lugar é preciso explicar a diferença entre medidas e penas alternativas. O professor Luiz Flávio Gomes ensina:

Há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são, como nos ensina Damásio de Jesus, sanções de natureza criminal, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa

de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais”.^[12]

Em resumo, as medidas alternativas impedem a aplicação de penas restritivas de direitos, isto é, não existe aferição de culpa na sua aplicação, enquanto a pena alternativa evita a prisão, ou seja, nesta ocorre o devido processo legal, no qual o indivíduo é considerado culpado e tem a fixação da pena substitutiva à prisão.

As principais medidas alternativas existentes em nosso ordenamento estão presentes na Lei nº 9.099/95, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Não se pode olvidar do novo modelo existente: a justiça restaurativa. Esse modelo pode ser aplicado no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo, visando a solução de problemas resultantes das relações pessoais prejudicadas por situações de violência.

Já as penas restritivas de direito previstas no Código Penal são sanções penais autônomas e substitutivas, que não adotam a privação ou restrição direta da liberdade. Elas têm por objetivo “evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos”^[13], como por exemplo, a suspensão ou perda efetiva de cargo, a interdição de direitos políticos, a prestação de serviços gratuitos à comunidade, limitação de fim de semana, dentre outras.

4.1. Dos índices de reincidência

Perante uma desigual condição de acesso aos recursos e às oportunidades sociais da realidade brasileira, é forçoso reconhecer a aplicação seletiva das sanções penais – primordialmente por meio das alternativas penais.

O vínculo estabelecido entre a reincidência criminal e a manutenção dos estabelecimentos penitenciários é claro, uma vez que o judiciário não efetua a devida segregação entre os presos condenados por crimes menos ofensivos dos que foram condenados por crimes extremamente ofensivos.

Ademais, diferente do que a mídia e os demais segmentos da comunidade política defendem sobre a necessidade da permanência dos indivíduos no encarceramento, difundindo-se a falsa ideia de que a pena privativa de liberdade tende a conter o comportamento considerado criminoso, os índices de reincidência provam o contrário. Aquele que permanece encarcerado é muito mais propício ao cometimento de um novo delito, em relação aqueles que foram beneficiados pelas alternativas penais.

Dessa forma, como ocorre com as medidas alternativas, a aplicação das penas restritivas de direitos também resulta em índices de reincidência significativamente menores do que os constatados por aqueles que cumprem penas privativas de liberdade.

Portanto, a aplicação das alternativas penais seria a mais eficaz política criminal, diminuindo os índices de cometimento de novos crimes e gerando uma ressocialização nítida. No entanto, as alternativas penais não devem ser apenas aplicadas, mas sim acompanhadas e fiscalizadas.

4.2. Do sistema mais benéfico de aplicação das alternativas penais

A substituição das penas privativas de liberdade pelas alternativas penais, não implica na abolição daquelas. Ao contrário, diante de um projeto de humanização e racionalização da pena, são aplicadas como alternativas, aos delitos mais graves.

Não se pode negar que um dos fatores que influenciaram a crise das penas privativas de liberdade foi o desenvolvimento das alternativas à prisão. Isto se deve ao fato de que as penas alternativas conseguem satisfazer os dois maiores objetivos do direito penal, quais sejam: a- uma perspectiva de racionalização da pena; b- a minimização do sistema sancionador.

As mais modernas escolas de política criminal entendem que a pena possui um caráter de função defensiva ou preservadora da sociedade e, dessa forma, a política de prevenção Estatal do crime se mostra muito mais eficaz do que as medidas repressivas por ele implantadas.

Além disso, quando o Estado retira um indivíduo do âmbito familiar ou laboral, por ter cometido um delito impensado, de menor relevância, para o cumprimento de pena em um estabelecimento carcerário, ficando inerte, em condições subumanas, no aguardo da sentença ou do cumprimento da pena, ao contrário de estar produzindo frente ao seu trabalho, acaba por apenas gerar gastos ao Estado.

Os atuais magistrados ao decretarem cada vez mais o encarceramento como pena, influenciados pela pressão social e mídia, acreditam estar colaborando para a diminuição da criminalidade. Entretanto, como já pudemos observar o movimento que tem ocorrido é o contrário. As chances daqueles que foram condenados a uma pena privativa de liberdade de reincidir é enorme. Assim, as alternativas penais são uma resposta mais eficaz a criminalidade existente na atualidade.

Conclui-se que essas alternativas de punição têm de passar a ser utilizada como regra, e não como exceção, uma vez que se demonstra mais humana e eficaz tanto em sua aplicação pelo Estado, quanto pelo cumprimento daquele que foi condenado,

evitando-se, assim, a proliferação do crime nas “escolas criminais”-penitenciárias.

Além disso, essas alternativas penais cumprem as funções de reeducar e socializar os indivíduos, sempre em busca de uma sociedade mais humana e justa.

CONCLUSÃO

Diante do cenário histórico traçado do direito penal, a aplicação da pena, em decorrência dos movimentos sociais e do desenvolvimento dos direitos humanos, passou a ser alvo de discussões e estudos por novas soluções mais eficazes.

Assim, as alternativas penais surgiram como a mais eficaz medida no tocante a ressocialização, uma vez que a ideia de recuperação, reinserção e readaptação é a melhor forma de punição (digna e justa). Isso, inclusive, ajuda a diminuir a população carcerária e o índice de reincidência daqueles que foram condenados.

Dessa forma, o que se deve ter em mente é que a punição tem a função de reintegrar o indivíduo na sociedade, e não o tornar gerador de violência, portanto, aqueles que tenham cometido crimes mais leves devem cumprir alternativas penais sem passar pela “escola/faculdade do crime”.

Portanto, as alternativas penais representam a escolha mais acertada para um sistema falido, que não tem mais como contribuir para uma sociedade que busca a pacificação. Por respeitarem a dignidade do condenado, bem como por possibilitarem uma ressocialização mais efetiva, as alternativas penais são o grande trunfo para que exista um sistema mais justo e digno, com a conseqüente diminuição dos índices de criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas Alternativas à Prisão: Os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. De Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNIOR, Gessé Marques. *Sociologia Geral e do Direito, Capítulo 11 – O mundo do crime é uma ordem jurídica*. 2ª Ed. Campinas: Alínea, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil-Evolução Histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS:

[1] “O legislador do Código Penal de 1940, porém preferiu trazê-las como penas acessórias (art. 67), em três modalidades: I – a perda da função pública, eletiva ou de nomeação; II – as interdições de direito; e III – a publicação da sentença. A perda da função pública, em verdade, decorria da condenação à pena privativa de liberdade cometida com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública (art. 68, I), ou de condenação por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro (art. 68, II). No que se referia à interdição de direitos, o Código trazia algumas inovações em relação ao compêndio anterior. Afora a já conhecida incapacidade para temporária para investidura em função pública (art. 69, I), encontrava-se ainda a incapacidade permanente ou temporária para: a autoridade marital ou do pátrio poder (inciso II), o exercício da tutela ou curatela (inciso III) e a suspensão dos direitos políticos. Tais interdições eram previstas quando preenchidas determinadas condições relativas ao tempo da pena privativa de liberdade imposta e/ou determinadas características da infração penal (art. 68, parágrafo único de seus incisos.” MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 58.

[2] PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil-Evolução Histórica*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 319-325.

[3] Como por exemplo, a criação das figuras do "Erro sobre elemento do tipo", e do "Erro sobre a ilicitude do fato".

[4] Uma das maiores novidades do Código, que tinha por objetivo a prestação de serviços gratuitos junto a escolas, hospitais, entidades assistenciais, dentre outros.

[5] Para a análise desses casos, deve-se observar a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias do crime.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 66.

[7] JUNIOR, Gessé Marques. Sociologia Geral e do Direito, Capítulo 11 – O mundo do crime é uma ordem jurídica. Campinas: Editora Alínea, 2ª Edição, 2005, p. 197 e 198.

[8] JESUS, Damásio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 01.

[9] http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. acessado em dezembro de 2015

[10] Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos: artigo 58.

[11] BIANCHINI, Alice. Presos e medidas. Disponível em: . Material da aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais da REDE LFG.

[12] GOMES. Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p 409.

A SECURITIZAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO E INCREMENTO DO INVESTIMENTO PÚBLICO NO CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA

RODRIGO MEDEIROS DE LIMA: Procurador do Estado de Goiás. Ex-Procurador dos Estados do Acre e de Mato Grosso. Advogado. Especialista em Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

RESUMO: O presente artigo trata a respeito da securitização da dívida ativa, seu conceito e natureza jurídica, identificando, assim, as normas de direito financeiro a ela aplicáveis. Nesse sentido, conclui não se tratar, necessariamente, de operação de crédito, consistindo, em regra, em uma alienação de ativos. Portanto, a securitização não se sujeita aos limites e condições impostos legal e constitucionalmente às operações de crédito, tendo como vantagem, ainda, os custos comumente inferiores. Contudo, a destinação dos recursos obtidos com a operação encontra regulamentação no art. 44 da LRF, que veda que sejam utilizados para o financiamento de despesas correntes, salvo se tais recursos forem destinados, por lei específica, aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. Assim, tais recursos, a princípio, deverão ser destinados ao financiamento de despesas de capital, permitindo, assim, o incremento investimento público. O artigo alerta, contudo, para algumas cautelas a serem observadas a fim de que a operação se mostre verdadeiramente vantajosa ao erário.

Palavras-chave: Securitização. Dívida Ativa. Operação de crédito. Responsabilidade Fiscal. Investimentos.

Introdução

Diante do atual cenário de retração econômica e queda de receitas, ganhou força a discussão a respeito da securitização da dívida ativa da União, de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, como forma de captação de recursos por esses entes públicos.

A utilização da operação pelos entes públicos, relativamente aos seus créditos inscritos em dívida ativa, é objeto de questionamentos jurídicos, bem como quanto à conveniência e oportunidade da medida.

Nesse sentido, o presente artigo procura conceituar e identificar a natureza jurídica da operação de securitização e, por conseguinte, as normas de direito financeiro a ela aplicáveis, os limites e condições a serem observados, para a sua realização pelo Poder Público, de modo a verificar a viabilidade jurídica da securitização da dívida ativa, os prós e contras de sua utilização, além de cautelas a serem observadas a fim de que a medida contemple, da melhor forma, o interesse público.

Conceito e natureza jurídica da operação de securitização

Conforme conceituação de Beatriz Trovo, “A securitização consiste na cessão de direitos creditórios a veículo emissor de valores mobiliários, o qual lastreia os valores mobiliários emitidos no mercado de capitais com os respectivos direitos creditórios adquiridos.”

Os valores obtidos no mercado com a alienação dos valores mobiliários serão revertidos em favor do cedente, enquanto os investidores serão remunerados com o produto da recuperação dos créditos envolvidos na operação, que será a eles revertido.

A operação de securitização encontra regulamentação na Instrução Normativa CVM nº 444, de 08 de dezembro de 2006, que faz

menção, também, àquelas que envolvem créditos “decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações” (art. 1º, §1º, II).

Na securitização, o cedente, em regra, não se responsabiliza pela solvência de seus devedores, de modo que o risco do crédito é transferido aos investidores, que serão mais ou menos bem remunerados a depender do grau de sucesso na recuperação dos créditos envolvidos na operação.

Assim, ainda que a expectativa de recuperação dos créditos não se confirme, resultando em ganhos menores que os esperados pelos investidores, daí não advirá, necessariamente, qualquer obrigação para o cedente, já que aos investidores poderá ser transferido, integralmente, o risco do crédito.

Em tais circunstâncias, não há que se cogitar da assunção de compromisso financeiro por parte do cedente, o que afasta a caracterização de operação de crédito, já que a existência de compromisso financeiro lhe é aspecto essencial, tal como se extrai do conceito de operação de crédito dado pelo art. 29, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.[\[1\]](#)

O que há, na verdade, é uma alienação de ativos, com fins à captação de recursos, sem intermediação financeira e sem os encargos associados às operações de crédito, que são especialmente elevados no Brasil, sobretudo no atual contexto de descontrole fiscal e inflacionário e elevação da taxa básica de juros da economia.

A operação ainda traz como vantagem o fato de não ensejar aumento do nível de endividamento do cedente.

A configuração da operação como operação de crédito, ou não, é especialmente relevante quando o cedente for ente público, como

nos casos de securitização da dívida ativa, já que a Constituição Federal e a legislação de direito financeiro, em especial a LRF, estabelecem condições e limites a serem observados pelos entes federativos para a realização de operações de crédito.

Assim, inexistindo a assunção de compromisso financeiro pelo ente público cedente, não se faz necessária a observância de tais condições e limites.

É, justamente, o que se extrai do art. 7º, §9º, da já referida IN CVM nº 444/2006, que exige, para a realização da operação por entes públicos, “manifestação acerca da existência de compromisso financeiro” que venha a caracterizá-la como operação de crédito, hipótese em que será exigida a autorização do Ministério da Fazenda de que trata o art. 32 da LRF, cuja obtenção pressupõe a observância das condições e limites estabelecidos legal e constitucionalmente.

Esclarece-se, ainda, no que se refere à securitização da dívida ativa, que a operação não envolve, necessariamente, a alienação dos créditos inscritos em dívida ativa propriamente ditos, podendo ser alienados direitos creditórios deles derivados, consistentes em um “direito autônomo” aos recebimentos provenientes da cobrança de tais créditos. Essa decomposição do direito creditório permite que os créditos em si continuem na titularidade do Poder Público e, assim, que a atividade de cobrança continue nas mãos dos órgãos de representação judicial da Fazenda Pública.

Desse modo, faz-se possível que os créditos continuem submetidos ao regime que lhes é próprio, com as garantias e privilégios assegurados aos créditos públicos, o que inclui a sua cobrança por meio de procedimento executivo próprio, qual seja a execução fiscal.

Contorna-se, ainda, a discussão a respeito da alienabilidade de tais créditos, pois estes permanecerão na titularidade do Poder Público, além de se evitar questionamentos quanto a possível

ofensa à sua indisponibilidade relativa, dependente de lei específica, nos termos do art. 150, §6º, da CF,[\[2\]](#) e à isonomia tributária, já que a cobrança continuará nas mãos do Poder Público e qualquer benefício fiscal continuará subordinado à exigência constitucional de lei específica.

Limites impostos pela LRF (art. 44)

Mesmo a operação não se caracterizando como operação de crédito, ela não escapa da regulamentação da LRF, que, em seu art. 44, veda a aplicação de recursos provenientes da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesas correntes, salvo na hipótese específica de serem destinadas por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Tal dispositivo tem por finalidade assegurar a responsabilidade na gestão fiscal, bem como o equilíbrio das contas públicas, na medida em que impede que o Poder Público se valha do patrimônio público para gastar mais do que arrecada na manutenção da máquina pública, evitando tal postura irresponsável e insustentável por parte dos governantes ocasionais.

Assegura-se, assim, que eventual decréscimo do patrimônio público decorrente de alienações seja compensado pelo incremento desse mesmo patrimônio, por meio de despesas de capital e, em especial, por meio do investimento público, ou, ao menos, que os recursos obtidos sejam utilizados para fazer frente a obrigações futuras do Poder Público de ordem previdenciária.

De todo modo, em ambas das hipóteses, as receitas obtidas vinculam-se ao atingimento de objetivos futuros, seja por meio do incremento do investimento público, cujos frutos serão colhidos futuramente, seja por meio de sua afetação à previdência social.

No caso específico da securitização da dívida ativa, a vedação do art. 44 da LRF traz uma consequência interessante, pois acaba

por transmudar receitas eventuais e não vinculadas – como, por exemplo, aquelas provenientes de créditos tributários decorrentes de impostos – em receitas atuais e vinculadas, obrigatoriamente destinadas ao financiamento de despesas de capital ou, havendo autorização legal, aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Assim, ao mesmo tempo em que a operação antecipa receitas futuras e eventuais com algum deságio, necessário à remuneração dos investidores, sobretudo em virtude do risco do crédito que a eles é transferido, ela assegura que tais receitas sejam destinadas a despesas de capital – ou, na pior das hipóteses, à previdência social –, ampliando, assim, o investimento público e obrigando, no longo prazo, uma maior racionalização das despesas correntes, já que, para lhes fazer frente, o ente não poderá mais contar com aquelas receitas que foram adiantadas.

Desse modo, a securitização da dívida ativa pode ensejar, em tese, um aumento na participação das despesas de capital no orçamento público.

Conveniência e oportunidade da operação

Apesar das vantagens já expostas, nem sempre a operação de securitização se mostrará verdadeiramente vantajosa, como quando, por meio dela, se abrir mão de uma receita potencial significativa em troca de uma disponibilidade financeira atual em muito menor monta, em flagrante comprometimento do patrimônio público.

Esse deságio deve ser entendido como o custo da operação, devendo se justificar em face do benefício almejado, bem como da expectativa e mesmo do potencial de recuperação dos créditos envolvidos na operação. Além disso, não pode superar o custo de outros meios disponíveis para a captação dos recursos pretendidos, como as operações de crédito, sob pena de a opção pela securitização se configurar

como simples subterfúgio para se driblar os limites e exigências legais e constitucionais associados às operações de crédito.

A questão do potencial de recuperação dos créditos é relevante na medida em que, muitas vezes, a expectativa de recuperação apresenta-se muito aquém desse potencial, em virtude de gargalos que prejudicam a cobrança desse crédito, o que pode ensejar uma subavaliação dos direitos creditórios e, por consequência, e um menor retorno ao cedente no âmbito da securitização.

Algumas medidas, contudo, podem se mostrar de grande valia à aproximação da expectativa de recuperação dos créditos de seu efetivo potencial, como, por exemplo, um maior controle de legalidade no procedimento de constituição administrativa desses créditos, a fim de evitar que venham, futuramente, a ser desconstituídos, em virtude de eventual nulidade, além de investimentos em tecnologia e inteligência, de modo a facilitar a localização de bens passíveis de expropriação, bem como a identificação e neutralização de condutas fraudulentas que tenham por objetivo a inviabilizar a cobrança.

Necessária se faz, também, uma gestão eficiente dos executivos fiscais, de forma a racionalizar a cobrança da dívida ativa, com maior enfoque em grandes devedores e devedores solventes, a fim de obter melhores resultados, associados a uma redução do tempo e do custo de cobrança.

Conclusão

Da leitura do presente artigo, podem ser extraídas as seguintes conclusões a respeito da operação de securitização e, em especial, a respeito da securitização da dívida ativa:

- Na securitização, apesar de poder haver a assunção de compromisso financeiro por parte do cedente, tal aspecto não é da essência da

operação, que, por consequência, ao menos em regra, não configura operação de crédito;

- A securitização consiste, em regra, em uma operação complexa por meio da qual se dá a alienação de ativos (direitos creditórios) por parte do cedente, com fins à captação de recursos, não se confundindo com operação de crédito;
- Quando a operação de securitização é realizada pelo Poder Público, caso não haja assunção de compromisso financeiro, não têm aplicação os limites e condições inerentes às operações de crédito, previstos nas regras de direito financeiro;
- A securitização de direitos creditórios, a exemplo da securitização da dívida ativa, não envolve, necessariamente, a alienação dos créditos propriamente ditos, podendo se extrair deles um direito creditório autônomo, derivado, de modo que os créditos permanecem na titularidade do credor originário. Dessa forma, afastam-se discussões a respeito da alienabilidade, ou não, dos créditos públicos e permite-se que continue a incidir sobre eles o regime jurídico que lhes é próprio;
- Mesmo não envolvendo operação de crédito, mas sim a alienação de ativos, a securitização da dívida ativa igualmente se sujeita à regulamentação da LRF, que, em seu art. 44, estabelece limites ao emprego de recursos obtidos por meio da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público, que deverão ser destinados ao financiamento de despesas de capital ou, havendo autorização

legal específica, aos regimes de previdência social, geral ou próprio dos servidores públicos;

- A regra do art. 44 da LRF assegura que a securitização da dívida ativa não seja utilizada para financiar uma política fiscal desequilibrada, em que se gaste mais do que se arrecada com despesas correntes, e justifica a antecipação de receitas eventuais e futuras, ainda que com algum deságio, pois tais receitas destinar-se-ão, necessariamente, ao atingimento de objetivos futuros, seja por meio de investimentos, seja por meio de sua afetação à previdência social;
- Além disso, a regra do art. 44 da LRF pode ser importante para aumentar a participação no orçamento público das despesas de capital;
- O deságio com que se dá a cessão dos direitos creditórios deve ser entendido como o custo da operação, devendo se justificar em face do benefício almejado, bem como da expectativa e mesmo do potencial de recuperação dos créditos envolvidos na operação. Além disso, não pode superar o custo de outros meios disponíveis para a captação dos recursos pretendidos, como as operações de crédito, sob pena de a opção pela securitização se configurar como simples subterfúgio para se driblar os limites e exigências legais e constitucionais associados às operações de crédito.

Referências

HARADA, Kiyoshi. Cessão de Direitos Creditórios Representados por *Royalties* Decorrentes de Exploração de Recursos Minerários para um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) com a Finalidade de Obter Recursos Financeiros para Expansão da Infraestrutura da Cidade. In: *Boletim de direito municipal*, v. 28, n. 4, p. 213-220, abr. 2012.

RUY, Fernando Estevam Bravin. *Direito Econômico e Financeiro: Crédito e Investimento*. Curitiba: Juruá, 2014.

TROVO, Beatriz. In: GORGA, Érica; SICA, Ligia Paula Pinto (Coord.). *Estudos Avançados de Direito Empresarial: Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOTAS:

[1] Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:... III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

[2] Art. 150. ... § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE IMÓVEL

DIEGO GARCIA OLIVEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Tributário e em Direito Penal. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise da ação reivindicatória de imóvel e de seus requisitos. A investida sobre o assunto será iniciada com breves considerações acerca do conceito de reivindicatória e da sua utilidade. Após a conceituação, serão analisados seus requisitos e seu tratamento na doutrina.

PALVRAS-CHAVE: Civil. Processo Civil. Ação Reivindicatória de Imóvel. Conceito. Finalidade. Requisitos.

INTRODUÇÃO.

A ação reivindicatória é importante instrumento útil ao proprietário não possuidor para reaver a posse da coisa frente ao possuidor não proprietário, que a detém sem um amparo jurídico. A restituição da coisa implicará a reconquista pelo proprietário das faculdades de uso e fruição.

1. **Conceito e finalidade.**

A ação reivindicatória está prevista no *caput*, art. 1.228 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

A ação reivindicatória é de natureza real e tem como fundamento do pedido a propriedade e o direito de seqüela inerente a ela. A finalidade é a restituição da coisa que se encontra indevidamente nas mãos de terceiro.

Leciona em sede doutrinária ARNALDO RIZZARDO:

"Esta é uma ação real, exercitável erga omnes, que objetiva a retomada da coisa de quem quer que injustamente a detenha. (...). Segundo é proclamado, trata-se de ação do proprietário sem posse contra o possuidor não proprietário, ficando a cargo do primeiro a prova do seu domínio e a posse injusta do segundo.

Decorre ela da parte final do art. 1.228 do Código, que assegura ao proprietário o direito de reaver os seus bens de quem injustamente os possua. Funda-se no direito de seqüela, armando o titular do domínio de meios para buscar o bem em mãos alheias, retomá-lo do possuidor e recuperá-lo do detentor. Visa o proprietário a restituição da coisa, seja imóvel ou móvel, eis que perdido se encontra o jus possessionis, pedindo que se apanhe e retire a mesma, que se encontra no poder ou na posse de outrem, sem um amparo jurídico."

Coadunado com o já explicitado, importante ainda mencionar os ensinamentos de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, o qual assevera ser a reivindicatória *"a ação real que compete ao senhor da coisa para retomá-la do poder de terceiro que injustamente a detém"*.

Já a respeito de sua finalidade, lecionam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD:

“(...) a finalidade da ação reivindicatória é a recuperação dos poderes dominiais e não o reconhecimento do direito de propriedade. A restituição da coisa implicará a reconquista pelo proprietário das faculdades de uso e fruição.”

No mesmo sentido, ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"de nada valeria ao dominus, em verdade, ser sujeito da relação jurídica dominial e reunir na sua titularidade o ius utendi, fruendi, abutendi, se não lhe fosse dado reavê-la de alguém que a possuísse injustamente, ou a detivesse sem título. Pela vindicatio o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente".

Em síntese, a ação reivindicatória, espécie de ação petítória, com fundamento no *jus possidendi*, é ajuizada pelo proprietário sem posse, contra o possuidor sem propriedade. Liga-se ao direito do proprietário conforme seus limites jurídicos, e não se presta em situações de confusão. Torna-se irrelevante a posse anterior do proprietário pois a ação se funda no *ius possidendi* e não no *ius possessionis*.

2. Dos requisitos da Ação Reivindicatória.

São três os requisitos - condições específicas - de admissibilidade e procedência da ação, conforme anotam PAULO TADEU HANDCHEN e RÊMOLO LETTERIELLO, assim como CRISTIANO ALMEIDA DO VALLE:

1- Demonstrar o domínio atual sobre a coisa reivindicanda;

2- Individuar a coisa pretendida, ou seja, demonstrar os limites e confrontações do imóvel, identificando-o minuciosamente;

3- Demonstrar que o réu está exercendo a posse sobre a coisa de forma injusta;

Quanto ao primeiro requisito, ressalta-se o fato de não ser qualquer documento apto a comprovar a titularidade do domínio. Consoante magistério de MARIA HELENA DINIZ:

"Para tanto, o proprietário deverá provar seu domínio, oferecendo tão só prova da transcrição (se se tratar de reivindicação de bem imóvel) do título translativo no registro imobiliário competente".

Da exigência de prova da propriedade resulta o segundo requisito, a necessidade de o autor individuar a coisa que reivindica. Cumpre ao requerente, na reivindicação de imóvel, delimitar identificando a dimensão, a localização e as confrontações da área reivindicada.

Quanto ao tema, ensina RÊMOLO LETTERIELLO e PAULO TADEU HAENDCHEN:

"Cumpre ao autor, na reivindicação de imóvel, descrever os limites externos, o perímetro da área reivindicanda. E, se quiser reivindicar apenas parte do imóvel, porque, vamos admitir, em tese, que apenas parte está sendo ocupada injustamente pelo réu, deve descrever a área reivindicanda, além da área do imóvel.

(...)

É **nosso entendimento, consoante jurisprudência dominante e a melhor doutrina, que se o autor não descrever os limites do imóvel, a ação deve ser julgada improcedente. Aliás, deve o juiz, se verificar que a inicial não faz a descrição da área reivindicanda, determinar que o autor a emende, sob pena de indeferimento.** Nesse sentido, as decisões consignadas na Revista do Supremo Tribunal Federal, 5:521 e 31:173; RF, 12:231 e 22:407. **E, repetimos, se quiser o autor reivindicar parte do imóvel, deve identificá-lo. Nessa descrição, não se exige precisão absoluta, porque, não estando ela mencionada no título dominial, não necessita ser rigorosamente medida. Ademais, pode o réu, no curso da lide, ampliar sua posse, o que é comum, além do que é muito difícil a medição da área ocupada.**

(...) o que se exige é que o autor demonstre que a área ocupada está dentro de uma área maior, que lhe pertence. Essa área maior deve estar descrita, de acordo com os títulos de **propriedade**. A reivindicatória parcial comumente ocorre em áreas de grande extensão, onde, muitas vezes, o autor é proprietário de milhares de hectares, e o réu ocupa apenas alguns. No mais das vezes, existem inúmeros posseiros, dentro de uma mesma área, preferindo o proprietário ajuizar uma reivindicatória contra cada posseiro para evitar o tumulto processual, o que, de resto, é o aconselhável.

Ocorrendo a hipótese de reivindicatória parcial, pode o autor, a título de exemplo, assim

descrever a área menor, que é a ocupada: que o réu ocupa mais ou menos dez hectares da região conhecida como Lagoa, cuja posse consiste em duas casas de pau-a-pique, com cercas de arame em seus limites; que as mencionadas casas estão situadas na beira do rio Jacuí, margem esquerda, a cinco quilômetros da estrada que liga a fazenda X à Y, dentro dos limites da fazenda X, que pertence ao autor, cujos limites são os seguintes (descrever), conforme se vê na inclusa certidão atual do Registro Imobiliário desta comarca etc” (grifos nossos).

Em suma, deve o requerente, na descrição da área ocupada, dar elementos que a identifique, não sendo absolutamente necessário, na reivindicação parcial, que descreva com precisão os limites, desde que individualizado o imóvel. Diversamente, é imprescindível a descrição perfeita dos limites externos e das divisas do imóvel em sua totalidade, requisito indispensável à tutela do direito.

Por fim, quanto à qualidade da posse do terceiro sobre a área reivindicada, FRANCISCO BUENO LOUREIRO destaca:

“que a expressão injustamente a possua, para efeito reivindicatório, tem sentido mais abrangente do que para simples efeito possessório. Nos termos do art. 1.200 do Código Civil, anteriormente comentado, posse injusta, para efeito possessório, é a marcada pelos vícios de origem da violência, clandestinidade e precariedade. Já para efeito reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse da coisa

alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o possuidor não tenha título para sua posse” (grifos nossos).

Justifica-se, portanto, não caber ação reivindicatória contra o locatário, comodatário, credor pignoratício, devedor-fiduciante, usufrutuário, pois na vigência dos aludidos negócios - ou direitos reais - as posses diretas têm causas jurídicas que as justificam, ou seja, não são injustas nem para efeito possessório, nem para efeito petitório.

CONCLUSÃO

Do exposto, a ação reivindicatória de imóvel, de natureza eminentemente dominial, tem como pressupostos essenciais a prova da propriedade, a individuação da coisa (limites e confrontações do imóvel) e a posse injusta do reivindicado. Sendo ônus do litigante provar seus requisitos, previstos no art. 1.228 do Código Civil, sob pena de improcedência do pedido.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS:

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 9.^a edição, v. IV, p. 97.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil - Reais, 9^a edição, editora Lumen Juris, 2013, p. 297.

HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolo. Ação Reivindicatória, ed. Saraiva, 4^a ed., p. 24.

HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolo. Ação Reivindicatória: teoria e prática. 6^a Ed. – São Paulo/SP, Saraiva 2011, p.45.

LOUREIRO, Francisco Bueno. Código Civil Comentado. Coord. Ministro Cezar Peluso. 5. ed. São Paulo: Ed. Manole, 2011, p. 1.214.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, IV/74-75.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas, Edição Histórica, Editora Rio, 1977, p. 190.

RIZZARDO. Arnaldo. Direito das Coisas, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 230.

VALLE, Christino Almeida do. Teoria e Prática da Ação Reivindicatória, ed. Aide, p. 37.

ANÁLISE DAS REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATA O

DEBORAH MARIA DE VASCONCELOS GOMES SOARES:
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo visa analisar as regras específicas aplicáveis ao regime diferenciado de contrata o e avaliar suas repercussões no âmbito dos contratos administrativos firmados através dessa nova modalidade de licita o.

I-INTRODU O

A Lei 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contrata es, que objetiva conferir máxima aplicabilidade ao princípio da eficiência no âmbito das licita es e contratos públicos.

O RDC foi concebido para atender os anseios pelo aperfei amento do atual regime licit torio, agregando ferramentas que permitam maior agilidade e eficiência na formata o do procedimento de sele o e contrata o pública.[\[1\]](#)

II- DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATA O.

O Regime Diferenciado de Contrata o   um novo regime licit torio, que agrega diversas características do regime tradicional da Lei 8.666/93, do regime do pregão, além de outros regimes específicos e ferramentas identificadas na prática das licita es públicas.[\[2\]](#)

O   1 , do artigo 1 , da Lei 12.462/2011 elenca como objetivos do RDC:

- amplia o da eficiência nas contrata es públicas e a competitividade entre os licitantes;

- promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- o incentivo a inovação tecnológica; e
- assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

No RDC deverão ser observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.[3]

Destaque-se que, conforme previsto na lei de regência, a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos previstos no bojo da Lei 12.462/11.

O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. (art. 5º da Lei 12.462/11)

Assim, pode-se definir RDC, como nova modalidade licitatória, que parte de um modelo básico, bastante inspirado na modalidade pregão, e que permite ao órgão público licitante a utilização de ferramentas diversas, de acordo com a prestação contratual envolvida[4].

III -DAS MATÉRIAS QUE POSSIBILITAM A UTILIZAÇÃO DO RDC.

Há previsão legal inserta na Lei 12.462/11 acerca dos objetos que possibilitam a utilização do regime diferenciado de contratação. In verbis:

" Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC),

aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de

atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

Impende destacar que, com relação aos objetos vinculados aos eventos esportivos é necessária a observância da aplicação transitória das regras do RDC.

Encerrados referidos acontecimentos, não serão mais passíveis contratações com adoção de tal regime diferenciado.

Porém, com o aumento do âmbito de aplicação de tais regras à necessidades estatais não relacionadas aos eventos esportivos elencados ab initio, foi quebrado o caráter temporário da aplicação das normas do RDC, vez que com a inserção de novos objetos por meio de lei, a administração pública poderá adotar tal regime sem limitação temporal.

IV- DAS REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO.

A especificidade das regras afetas ao RDC se dá em relação as previsões insertas na Lei 8666/93, e tem aplicação válida para a União, Estados, DF e Municípios, ante ao disposto no art.22, XXVII, da CF/88.

São classificadas pela melhor doutrina como "regras especiais" dos contratos administrativos firmados com fundamento no RDC^[5]:

- a) a previsão de prazos contratuais diferenciados;
- b) a contratação de eventual remanescente através de dispensa e
- c) procedimento previsto para a convocação de licitante remanescente.

O art.40 da Lei 12.462/2011, prevê normas específicas para os casos em que o licitante convocado não assine o contrato ou não o aceite nos termos preestabelecidos. *In verbis*:

"Art. 40. É facultado à administração pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos:

I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou

II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Parágrafo único. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso II do caput deste artigo, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório."

Há previsão expressa no sentido de se possibilitar a contratação nos termos das condições oferecidas pelos licitantes remanescentes, não havendo imposição, na contratação, de observância dos termos ofertados pelo licitante mais bem colocado no procedimento licitatório.

No que tange a contratação de remanescente por dispensa, o art.41 da Lei 12.461/2011 enuncia que:

"Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação."

Assim, a ordem de classificação na contratação do remanescente será respeitada. Porém, é possível a contratação do remanescente nas condições pelos licitantes propostas, desde que não ultrapassem o limite do orçamento previsto para tal fim.

Com relação aos prazos processuais, os artigos 42 e 43 da Lei 12.462/11 dispõem que:

Art. 42. Os contratos para a execução das obras previstas no plano plurianual poderão ser firmados pelo período nele compreendido, observado o disposto no

caput do art. 57 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 43. Na hipótese do inciso II do art. 57 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas nos incisos I a III do art. 1º desta Lei poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO. (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)

Cumprir observar, inicialmente, que, em relação aos contratos, haverá aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, com exceção das regras previstas pela Lei 12.462/11.

Assim, fica claro que, em relação aos contratos para execução de obras objeto de previsão no plano plurianual, haverá sua manutenção durante o prazo nele estabelecido, desde que respeitadas as orientações inseridas no art.57 da Lei 8.666/93.

No que diz respeito a contratação de serviços contínuos, os contratos firmados que tenham por objeto ações relacionadas com eventos esportivos, inseridas no âmbito do regime diferenciado de contratação, poderão ter sua duração prevista até a data em que for extinta a Autoridade Pública Olímpica (APO)[6].

Face a contratação de serviços contínuos em virtude de matérias alheias a eventos esportivos e previstas na Lei 12.462/11, a doutrina majoritária afirma dever ser observada a regra específica do inciso II, do art.57, da Lei 8,666/93.

Assim, no referido caso, os serviços podem ser prestados, continuamente, por até 60 (sessenta) meses.

V-DAS CONCLUSÕES

Conforme o exposto, fica claro que o Regime Diferenciado de Contratação, nova modalidade licitatória, foi instituído com objetivo de ampliar a eficiência nas contratações realizadas pela administração pública, para satisfação do interesse público primário.

Através das regras específicas inseridas na Lei 12.462/11, o legislador concedeu mais flexibilidade ao administrador público no procedimento de contratado com base no RDC, conferindo, conseqüentemente, maior efetividade ao princípio da eficiência, possibilitando seleção de acordo com o objeto a ser licitado e contrato a ser firmado.

REFERÊNCIAS

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 6ª edição. Salvador: Jus Podium,2014

CHARLES, Ronny e MARRY, Michelle, Regime Diferenciado de Contratações .Salvador: Jus PodiVm,2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009.

SCATOLINO, Gustavo e TRINDADE, João, Manual de Direito Administrativo, 3ª edição, Salvador: Juspodium,2015.

JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos.11ª edição ,São Paulo: Dialética, 2005.

NOTAS:

[1] CHARLES, Ronny e MARRY, Michelle, Regime Diferenciado de Contratações .Salvador: Jus PodiVm,2014,p.21.

[2] CHARLES, Ronny e MARRY, Michelle, Regime Diferenciado de Contratações. Salvador: Jus PodiVm,2014,p.22.

[3] SCATOLINO, Gustavo e TRINDADE, João, Manual de Direito Administrativo, 3ª ed., Salvador: Juspodium, 2015, p.587.

[4] CHARLES, Ronny e MARRY, Michelle, Regime Diferenciado de Contratações, Salvador: Jus PodiVm, 2014, p.51.

[5] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 6ª edição. Salvador: Jus Podium, 2014, pg.444.

[6] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 6ª edição. Salvador: Jus Podium, 2014, pg.445.

DIVERGÊNCIAS NO STF ACERCA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL DECORRENTE DE CONDUTAS OMISSIVAS

FREDERICO FERNANDES DOS SANTOS:
Advogado - Especialista em Direito Administrativo, Civil e Processual Civil. Escritório atuante também em Direito Tributário, Previdenciário e Trabalhista. Autor de artigos publicados em diversas revistas jurídicas.

Sumário: 1 A responsabilidade civil do Estado. 2 Divergência de correntes na Suprema Corte. 3 Tendência atual. Conclusão. Referências.

1 A responsabilidade civil do Estado

A regra no direito administrativo brasileiro é a responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que assim preceitua:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A conduta descrita no dispositivo supracitado é comissiva, não havendo dúvidas quanto a isso. O problema surge quando se pretende imputar responsabilidade ao Estado em virtude de comportamentos omissivos.

Então, utiliza-se a Teoria da Culpa Administrativa, ensina Alexandrino (2013, p. 805):

A tese subjacente é que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da

atividade administrativa ensejaria indenização ao particular, ou seja, exige-se também uma espécie de culpa, mas não culpa subjetiva do agente, e sim uma culpa especial da Administração à qual convencionou-se chamar culpa administrativa ou culpa anônima.

Esta modalidade de responsabilização do Estado (culpa do serviço) pode ocorrer de três formas: por inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço. Devendo o particular prejudicado comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

Contudo, doutrina e a jurisprudência divergem quanto à modalidade de responsabilidade que deve ser imputada ao Estado diante de comportamentos omissivos de sua parte que causem danos a terceiros, sendo defendida por alguns a responsabilização objetiva e por outros a subjetiva.

O STF, no RE 179.147, Rel. Min. Carlos Veloso, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva) e aquela verificada no caso de danos possibilitados pela alegada omissão da Administração, segue ementa:

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito

público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.

2 Divergência de correntes na Suprema Corte

Na Suprema Corte a divergência também existe, sendo a Segunda Turma adepta da corrente em que a responsabilidade civil do Estado é objetiva em relação a atos omissivos, como é possível observar dos julgados:

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO – NÃO COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL – RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA

EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, RE-AgR 481.110, Rel. Ministro Celso de Mello, 2a Turma, DJ 9/3/2007, votação unânime, ausente justificadamente o senhor Ministro Joaquim Barbosa).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 60 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a

cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 409.203, Rel. para o Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, 2a Turma, DJ 20/4/2007).

Na Primeira Turma, sem corrente formada, o posicionamento mais enfático no sentido da responsabilidade do Estado por seus atos omissivos ser subjetiva, é do Ministro Marco Aurélio, observe:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MOLDURA FÁTICA – ENQUADRAMENTO – VIABILIDADE. Dizer-se do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais que lhe são próprios pressupõe, sempre, a consideração de certas premissas fáticas. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional dos parâmetros da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado na via excepcional do extraordinário, com o revolvimento da prova coligida. Mister se faz a fuga às generalizações, tão comuns no afã de economizar tempo e emprestar ao Judiciário a celeridade reclamada pelos jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o extraordinário, já na fase de conhecimento perquire o acerto, ou o desacerto, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem natural das coisas, procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende alvejado. RESPONSABILIDADE CIVIL

– ESTADO – MORTE DE POLICIAL MILITAR – ATO OMISSIVO VERSUS ATO COMISSIVO. Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo – liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços – incide a responsabilidade objetiva. (STF, RE 140.270, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 18/10/1996).

Mas não é o único:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa ao art. 37, § 60, da Constituição. (STF, RE 136.247, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/6/2000, DJ de 18/8/2000).

3 Tendência atual

Todavia, nos últimos anos tem ocorrido uma inclinação para a corrente objetiva, o que fica nítido em situações de omissão específica, como se observa nos julgados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.

DANOS MORAIS. PROFESSOR. SALA DE AULA. ALUNOS. ADVERTÊNCIA. AMEAÇAS VERBAIS. AGRESSÃO MORAL E FÍSICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37 , § 6º , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 736185RJ (STF). Data de publicação: 31/01/2013.

Ementa - Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. RE 677139 AgR-EDv-AgR / PR – PARANÁ. AG.REG. NOS EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 22/10/2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da Publicação: 09/12/2015.

Porém, ainda   possível observar também a responsabiliza o subjetiva, de maior ocorrência em omissões genéricas:

EMENTA: ROMPIMENTO DE BARRAGEM. INUNDA O. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ANÁLISE DA COMPROVA O, OU NÃO, DA CULPA DO ENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RE 711771 AGR / DF. Precedentes: AI 830.461-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 16.08.11; RE 603.342-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1 .02.11; AI 727.483-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19.11.10; RE 585.007-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 05.06.09. 4. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: "AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELA O CÍVEL. TRAGÉDIA CAMARÁ. INDENIZA O POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVIMENTO PARCIAL DA SÚPLICA. RAZÕES. Data de publica o: 02/10/2013.

Conclusão

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto   modalidade de responsabilidade que deve ser imputada ao Estado diante de comportamentos omissivos de sua parte que causem danos a terceiros, sendo defendida por alguns a responsabiliza o objetiva e por outros a subjetiva.

Entretanto, nos últimos anos, a tendência crescente é por responsabilizar o Estado de forma objetiva, apesar de em certos casos ainda ser aplicada a responsabilidade subjetiva, diante de situações concretas de omissões genéricas. O que é acertado, ou se correria o risco de ampliar em demasia a responsabilidade estatal, culminando, na pior das hipóteses, até mesmo com a inviabilização da Administração.

Referências:

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 27 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. IN: JuriCidades Revista da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br>. Acesso em: 09.01.2016.

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

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

www.jusbrasil.com.br

www.stf.jus.br

