

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 796

(Ano IX)

(08/04/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



03/04/2017 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Síntese da condenação de Eduardo Cunha: sentença penal proferida pelo juiz Sérgio Moro \(Operação Lava Jato\)](#)

### ARTIGOS

07/04/2017 Danielle Lima Costa

» [A política nacional de saúde: o assistente social e os desafios de uma ação interdisciplinar.](#)

07/04/2017 Daniella Alkmim de Araújo

» [A influência da perspectiva de Luhmann para a Teoria Geral do Direito](#)

07/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da edificação do vocábulo "Dignidade Sexual" no Estado Democrático de Direito: O alargamento da fundamentalidade dos direitos à luz da Dignidade da Pessoa Humana](#)

07/04/2017 João Baptista Herkenhoff

» [A favor da vida](#)

06/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Proteção Constitucional das Minorias à luz do posicionamento contramajoritário do STF: Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana](#)

06/04/2017 João Vitor Assis Ribeiro

» [Os discos de estado sólido e a forense computacional](#)

06/04/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Violência contra a mulher](#)

06/04/2017 Edilene Pereira de Andrade

» [Licença Maternidade Estendida para a Servidora Pública adotante](#)

05/04/2017 Sara Alacoque Guerra Zaghlout

» [Política criminal de drogas: o papel da Defensoria Pública e a seletividade penal](#)

05/04/2017 Leandro Brescovit

» [Crítica à interpretação normativa brasileira](#)

05/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Fundamentalidade do Direito ao Transporte: O Alargamento do Conceito de Mínimo Existencial à luz do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana](#)

05/04/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Uma análise do princípio da unicidade sindical e a contribuição dos sindicatos](#)

04/04/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Internet: infidelidade virtual](#)

04/04/2017 Leandro Brescovit

» [Escrituração contábil inexistente, atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa e o redirecionamento na Execução Fiscal em face do administrador e/ou do contador](#)

04/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Linhas Introdutórias ao Princípio da Supremacia da Constituição de 1988: Um exame à luz da Jurisprudência do STF](#)

04/04/2017 Giovanni Campos

» [Planejamento tributário: tratamento legal e tributário de bens e rendimentos de não residente no Brasil](#)

04/04/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [Sindicatos vão gerir os conflitos do trabalho](#)

03/04/2017 Sara Alacoque Guerra Zaghout

» [Cadeia de custódia da prova penal: a importância da preservação das fontes de prova e da sua fiabilidade](#)

03/04/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Uma análise do Direito Agrário: desapropriação para fins de interesse social e utilidade pública](#)

03/04/2017 Leandro Brescovit

» [Tabelionato de notas: um dinossauro na era digital](#)

03/04/2017 Cíntya Oliveira Mendes

» [Princípio da liberdade da prova](#)

03/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Direito à Educação Inclusiva e a concreção do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana: Comentários ao art. 208 da Constituição Federal](#)

MONOGRAFIA

03/04/2017 Diego Bruno Alves Rogel

» [Regime jurídico dos contratos públicos: um estudo preliminar](#)

## SÍNTESE DA CONDENAÇÃO DE EDUARDO CUNHA: SENTENÇA PENAL PROFERIDA PELO JUIZ SÉRGIO MORO (OPERAÇÃO LAVA JATO)

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:** Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

A “operação Lava Jato”, mais uma vez, é destaque midiático em virtude da condenação de Eduardo Consentino da Cunha, ex-deputado federal, mais conhecido como Eduardo Cunha, que além de perder o mandato parlamentar e foi preso na referida operação em 19/10/2016, condição que ainda se encontra.

A sentença prolatada pelo Juiz Federal Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, resultou em um trabalho de 109 páginas, condenando Eduardo Cunha à pena total de quinze anos e quatro meses de reclusão e multa, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317, do CP), lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98, art. 1º) e Evasão fraudulenta de divisas (Lei n. 7.429/86, art. 22).

Antes de adentrarmos na análise da referida condenação, vale destacar os resultados da operação Lava Jato, até a presente data, o que fazemos com as informações disponibilizadas no site do MPF (<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>):

- a) **Resultados no STF:** Foram mais de 1925 manifestações, 171 buscas e apreensões, 156 quebras de sigilo fiscal, 215 quebras

de sigilo bancário, 147 quebras de sigilo telefônico, 34 quebras de sigilo telemático, 5 quebras de dados, 19 sequestros de bens, 4 sequestros de valores, 85 inquéritos instaurados, 413 investigados em diversas classes processuais, 20 denúncias com 2 aditamentos, 68 acusados, 3 ações penais, 49 acordos de colaboração premiada homologadas perante o STF e R\$ 79 milhões de reais repatriados.

- b) **Resultado total da operação Lava Jato:** 1434 procedimentos instaurados, 746 buscas e apreensões, 202 conduções coercitivas, 91 prisões preventivas, 101 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante, 183 pedidos de cooperação internacional (sendo 130 pedidos ativos para 33 países e 53 pedidos passivos com 24 países), 155 acordos de colaboração premiada firmadas com pessoas físicas, 10 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, 58 acusações criminais contra 260 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 26 já houve sentença pelos crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Até o momento foram 130 condenações, contabilizando 1.362 anos, 5 meses e 21 dias de pena (sem a atualização da condenação de Eduardo Cunha). Foram ainda abertas 7 ações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R\$ 12,5 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido, incluindo as multas a serem aplicadas é de aproximadamente R\$ 38,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões, sendo que R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação e R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados.

A referida operação Lava Jato é a maior e mais duradoura investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já enfrentou. Iniciada em 2009, envolve vários setores da persecução criminal, tanto na primeira, quanto na segunda instância, em virtude dos vários atores investigados, muitos com foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal.

Após tais considerações, adentramos na análise da decisão prolatada nos autos do processo eletrônico n. 505160623.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, ressaltando-se que não será objetivo entrar nas minúcias de mérito, uma vez que só tivemos acesso à sentença.

A sentença segue um padrão das sentenças penais, trazendo primeiramente um relatório, onde são expostas as ocorrências processuais desde a denúncia até as alegações finais. Em seguida, o magistrado passa à fundamentação, ocasião em que discorre sobre as prejudiciais de mérito para em seguida dispor sobre a imputação. Ao final, traz o dispositivo, disponibilizando às partes a dosimetria da pena, nos termos do sistema trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal.

As alegações finais da acusação (Ministério Público Federal) foram assim sintetizadas pelo magistrado:

O MPF, em alegações finais (evento 251), argumentou:

- a) que não há nulidades a serem reconhecidas?
- b) que restou provada a materialidade e a autoria dos crimes?
- d) que foi provado que o acusado Eduardo Cosentino da Cunha solicitou e recebeu 1.311.700,00 francos suíços em conta oculta na Suíça e depois os transferiu para outras contas ocultas?
- e) que foi provado que o dinheiro teve origem em contrato de aquisição do Bloco 4 em Benin pela Petrobrás da empresa CBH?
- f) que o pagamento era espécie de "pedágio" em troca de apoio ao Governo?
- g) que foram detectadas diversas irregularidades no processo de aquisição pela Petrobrás do Bloco 4 em Benin?
- h) que a utilização de contas no exterior em nome de trusts e a falta de declaração desses ativos configura lavagem de dinheiro?
- i) que o acusado utilizou parte dos valores em gastos de cartões de crédito para aquisição de bens e serviços de luxo?
- j) que Jorge Luiz Zelada foi nomeado e mantido como Diretor da Área Internacional da Petrobrás pelo apoio de agentes políticos do PMDB, inclusive do acusado Eduardo Cosentino da Cunha?
- k) que, em contrapartida, os nomeados angariavam vantagem indevida em contratos da Petrobrás e que repartiam com os



agentes políticos, no caso Eduardo Cosentino da Cunha? l) que o álibi apresentado por Eduardo Cosentino da Cunha não está acompanhado de provas? m) que ainda que o ex-deputado Federal Fernando Diniz tenha algum envolvimento nos crimes, isso não elimina a responsabilidade criminal de Eduardo Cosentino da Cunha? n) que também restou configurado o crime de evasão de divisas por não terem sido declarados os saldos das contas no exterior? o) que não há consunção entre o crime de lavagem e o de evasão? p) que as vetoriais do art. 59 do CP são desfavoráveis ao acusado? q) que deve ser considerada a agravante de violação de dever inerente ao cargo? r) que deve ser decretada a perda dos valores bloqueados no exterior e que deve ser fixado valor mínimo para o dano decorrente do crime em USD 77.500.000,00.

Por outro lado as alegações finais da defesa, foram sintetizadas nos seguintes moldes:

A Defesa de Eduardo Cosentino da Cunha, em alegações finais (evento 263), argumenta: a) que a inicial é inepta relativamente aos crimes de corrupção passiva, por falta da descrição do ato de ofício, e de lavagem de dinheiro porque não teria havido ocultação e dissimulação? b) que houve nulidade na transferência do processo da Suíça para o Brasil por inexistência de previsão legal desse procedimento na lei brasileira? c) que houve nulidade por falta de decretação da quebra judicial do sigilo bancário do acusado na Suíça? d) que houve nulidade por violação do princípio da dupla incriminação, uma vez que o crime de evasão de divisas não está previsto na lei suíça? e) que houve nulidade das provas produzidas no procedimento de investigação 1.25.000.003027.201514 por violação da prerrogativa de foro? f) que houve cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências complementares na fase se do art. 402 do CPP? g) que houve cerceamento de defesa em virtude do indeferimento parcial de perguntas ao Exmo. Sr. Presidente

da República Michel Temer? h) que a denúncia é improcedente? i) que Eduardo Cunha não foi responsável pela nomeação de Jorge Luiz Zelada? j) que não há ato de ofício atribuível a Eduardo Cunha na aquisição dos direitos de exploração do Bloco 4 em Benin? k) que Eduardo Cunha recebeu na conta no exterior devolução de empréstimo concedido a Fernando Alberto Diniz? l) que o acusado não tinha o dever de declarar as contas no exterior, já que seriam elas titularizadas pelos trusts? m) que houve apenas movimentação lícita do dinheiro nas contas e não lavagem? n) que o montante repassado da conta Netherton para a conta Kopek era proveniente da conta Triumph e não da conta Orion (fl. 167)? o) que não houve crime de lavagem de dinheiro, pois o acusado apenas instituiu trusts com bens lícitos de sua titularidade? p) que o mero recebimento de vantagem indevida não configura crime de lavagem de dinheiro? q) que caso reconhecidos os crimes de lavagem de dinheiro, deve ser admitida a continuidade delitiva? r) que entre crime de lavagem e de evasão haveria consunção? e s) que o crime de evasão deve ser considerado único. Pleiteia ao final que a presente ação penal seja julgada em conjunto com a ação penal conexa 502768535.206.404.7000, a fim de evitar que o Juízo torne-se suspeito para julgar os acusados no outro processo.

Uma vez apresentadas as alegações finais, passa o magistrado a prolatar sua decisão, discorrendo inicialmente sobre os motivos da fixação da competência da Justiça Federal, bem como o porquê da competência daquele juízo, assim resumido:

- a) Crimes que se iniciaram no Brasil e terminaram no exterior (corrupção e lavagem transnacional, com depósitos no exterior). O Brasil assumiu o compromisso de prevenir ou reprimir os crimes de corrupção e de lavagem transnacionais, conforme Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 e que foi promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687/2006. Havendo previsão em tratado e sendo os crimes de corrupção e lavagem

transnacionais, incide o art. 109, V, da Constituição Federal, que estabelece o foro federal como competente.

- b) O crime do art. 22 da Lei n.º 7.492/1986 (evasão de divisas) também determina a competência da Justiça Federal, conforme art. 109, VI, da Constituição Federal.
- c) Crime praticado por autor que exercia mandato de Deputado Federal, também atrai a competência federal, inicialmente do Supremo Tribunal Federal e posteriormente da Justiça Federal, com a perda do mandato.
- d) A competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba não foi arguida pela defesa do acusado, além de o STF ter reconhecida a competência daquele juízo por mais de uma vez.

Após afastar os argumentos defensivo de inépcia da denúncia, o MM. Juiz afasta os argumentos da defesa no tocante à suposta nulidade pela transferência de provas da Suíça para o Brasil, inclusive com quebra de sigilo bancário do acusado naquele país, sem ordem judicial. Utilizou como fundamento para validar o procedimento probatório:

O procedimento de transferência da investigação, que não passa de uma transmissão da prova colhida na Suíça para o Brasil, encontra apoio expresso não só no artigo IV do Tratado de Extradução entre Brasil e Suíça promulgado pelo Decreto 23.997, de 13/03/1934, como nas largas disposições do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre Brasil e Suíça promulgado pelo Decreto nº 6.974, de 07/10/2009.

Além disso, afirmou que *“A previsão é ainda consistente com as normas de tratados internacionais, inclusive da Convenção das Nações Unidas contra o Crime de Corrupção, promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 5.687/2006”*. Destacando ainda que referido questionamento foi objeto de análise pelo Plenário do STF em 22 de junho de 2016, ocasião em que foi afastado qualquer vício.

No tocante à quebra de sigilo bancário ocorrido na Suíça, indicou como óbice aos argumentos defensivos que *“não cabe questionar no Brasil a validade dos atos jurídicos praticados em outro país”*, uma vez que não tem a Justiça

brasileira condições de averiguar a conformidade de tais atos jurídicos a luz da legislação da Suíça. Além disso, aduziu que nos casos de cooperação jurídica internacional, os atos jurídicos seguem as leis e regras vigentes no país nos quais os atos são produzidos, não cabendo “conferir efeito extraterritoriais à legislação brasileira para questionar a validade de atos jurídicos praticados na Suíça com base na lei suíça”.

Além disso, quem define o alcance e os limites da cooperação internacional são as autoridades do País ao qual ela é requerida, citando como exemplo a extradição (art. 91, da Lei n. 6815/80), sendo que no caso julgado, não houve nenhuma restrição ou condicionamento das autoridades daquele país, referente à utilização do material probatório para sustentar uma acusação por crime de evasão fraudulenta de divisas, destacando ainda que o referido questionamento, também foi objeto de decisão do STF, quando do recebimento da denúncia no Inquérito 4146.

No tocante à alegação da defesa de cerceamento em virtude do indeferimento de parte das provas requerida na fase do art. 402 do CPP, aduziu que a decisão foi devidamente fundamentada, transcrevendo o inteiro teor da decisão, demonstrando que a defesa na referida fase, pretendia reabrir por completo a instrução criminal, sendo que mesmo assim, na ocasião foi deferida algumas diligências, cujo caráter não se mostravam protelatórios.

Quanto à alegação da defesa de cerceamento por indeferimento de parte dos quesitos apresentados para oitiva do Exmo. Sr. Presidente Michel Temer, o magistrado registrou, além de a maioria dos quesitos formulados pela defesa não terem relação com a ação penal, tudo indicava que a defesa pretendia provocar alguma espécie de intervenção da parte de em favor do acusado Eduardo Cunha. Além disso, as perguntas quesitadas, fugiria da competência daquele juiz para apurar supostas condutas por parte do Presidente da República, não se admitindo que o processo judicial seja utilizado para a transmissão de “ameaças, recados ou chantagens a autoridades ou testemunhas de fora do processo”.

Também foram afastadas as alegações de suspeição do magistrado, bem como os argumentos de que testemunhas foram coagidas ilegalmente para firmarem acordos de colaboração premiada, tendo ainda o magistrado registrado que *“As prisões preventivas decretadas no presente caso e nos conexos devem ser*

*compreendidas em seu contexto. Embora excepcionais, as prisões cautelares foram impostas em um quadro de criminalidade complexa, habitual e profissional, servindo para interromper a prática sistemática de crimes contra a Administração Pública, além de preservar a investigação e a instrução da ação penal”.*

Registra o julgador que *“na evolução das apurações, foram colhidas provas de um grande esquema criminoso de cartel, fraude, corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A Petrobras cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal”,* revelando ainda que *“grandes empreiteiras do Brasil, entre elas a OAS, UTC, Camargo Correa, Odebrecht, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Queiroz Galvão, Engevix, SETAL, Galvão Engenharia, Techint, Promon, MPE, Skanska, IESA e GDK teriam formado um cartel, através do qual teriam sistematicamente frustrado as licitações da Petrobras para a contratação de grandes obras”,* sendo que as empresas componentes do cartel pagavam sistematicamente propinas a dirigentes no percentual entre um a três por cento em média, sobre os contratos firmados.

Destacou vários casos já julgados, citando a condenação de José Dirceu de Oliveira e Silva, ex-parlamentar federal e ex-Ministro da Casa Civil, assim como os ex-Deputados Federal João Luiz Correia Argolo dos Santos e Pedro da Silva Correa de Oliveira Andrade Neto, afirmando que o caso em julgamento se insere no mesmo contexto dos casos citados, ou seja, acertos de propina em contratos da Petrobrás, com o enriquecimento ilícito dos envolvidos agentes políticos, com o respectivo financiamento criminoso de partidos políticos, chegando-se à cifras de um prejuízo de USD 34.500.000,00 (trinta e quatro milhões de dólares), afirmando que a Comissão Interna de Apuração da Petrobrás calculou o prejuízo em cerca de USD 77,5 milhões de dólares.

Na sequência o magistrado discorre sobre as provas produzidas, em especial a movimentação financeira até chegar na quantia de \$ 1,5 milhões de dólares depositados na conta do acusado Eduardo Cunha, fazendo um resumo conclusivo:

É possível concluir, com base na prova documental, que, do preço pago pela Petrobrás pela aquisição de 50% dos direitos de exploração do Bloco 4 em Benin, no montante de USD 34.500.000,00, à CBH, de Idalécio de Castro Rodrigues

de Oliveira, foram pagos, em 05/05/2011, USD 10 milhões à Acona Internacional, de João Augusto Rezende Henriques, como comissão pelo sucesso da representação por este junto à Petrobrás dos interesses da CBH, sendo que USD 1.500.000,00 dos aludidos dez milhões foram sucessivamente transferidos, entre 30/05/2011 a 23/06/2011, para conta em nome da Orion SP, de propriedade e controlada por Eduardo Cosentino da Cunha. Posteriormente, a conta em nome da Orion SP foi encerrada e o saldo, de 970.261,34 francos suíços e de 22.608,37 euros, foi transferido, em 11/04/2014, para a conta em nome da Nethernton Investments, de propriedade e controlada por Eduardo Cosentino da Cunha.

Além da movimentação financeira acima, o juiz fez referência à colaboração premiada de Nestor Cunhat Cerveró, inclusive transcrevendo trechos do seu depoimento como testemunha, além de outras testemunhas, a exemplo de Eduardo Costa Vaz Musa, Jorge Luiz Zelada, entre outras, indicando os elementos para afastar os álibis da defesa em face dos crimes imputados.

Finaliza a decisão condenado Eduardo Consentino da Cunha, como incurso em:

- a) Um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, cuja pena abstrata é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, aplicando-se uma causa de aumento de pena um terço referente ao §1º do esmo artigo, pela solicitação e recebimento de vantagem indevida no contrato de aquisição pela Petrobrás dos direitos de exploração do Bloco 4 em Benim.
- b) Três crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º da L. 6.913/98), punido com pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, pelo recebimento e movimentação posterior de produto de crime de corrupção (delito antecedente), mediante a conduta de ocultação e dissimulação envolvendo as contas da Orion SP e Nethernton Investimentos;
- c) Dois crimes de evasão fraudulenta de divisas (art. 22 da L. 7.429/86), com pena de Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, pela manutenção de depósitos não declarados no exterior;

Em seguida passou à dosimetria da pena, seguindo rigorosamente os mandamentos do art. 68 do CP, no tocante ao sistema trifásico, analisando primeiro as oito circunstâncias judiciais do art. 59 do código penal, circunstâncias estas que vão se repetindo em todos os delitos, com pequenas variações, senão vejamos:

Dosimetria do crime de corrupção passiva (art. 317, e §1º, CP, reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa):

**1ª fase da dosimetria do crime de corrupção passiva:** Eduardo Cosentino da Cunha responde a outras ações penais (ação penal 6020383.2016.4.01.3400 em trâmite perante a 10ª Vara Criminal Federal de Brasília, e antiga ação penal 982 perante o Supremo Tribunal Federal enviada ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região), mas não foi ainda por elas julgado. Então será considerado como tendo **bons antecedentes**. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu o recebimento de cerca de um milhão e quinhentos mil dólares, considerando apenas a parte por ele recebida, o que é um valor bastante expressivo, atualmente de cerca de R\$ 4.643.550,00. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois os vícios procedimentais na aquisição do Bloco 4 em Benin geraram um prejuízo estimado à Petrobrás de cerca de 77,5 milhões de dólares, conforme cálculo realizado pela Comissão Interna de Apuração da Petrobrás (item 235). A corrupção com pagamento de propina de um milhão e quinhentos mil dólares e tendo por consequência prejuízo ainda superior aos cofres públicos merece reprovação especial. A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida no exercício do mandato de Deputado Federal, em 2011. A responsabilidade de um parlamentar federal é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Não pode haver ofensa mais grave do que a daquele que trai o mandato parlamentar e a sagrada confiança que o povo nele deposita para obter ganho próprio. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como

negativa a título de personalidade. **Considerando três vetoriais negativas**, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção ativa, **pena de quatro anos e seis meses de reclusão.**

**2ª fase da dosimetria do crime de corrupção passiva:** Não há atenuantes ou agravantes a serem reconhecidas. A agravante pretendida pelo MPF, do art. 61, II, g, do CP, é inerente ao crime de corrupção.

**3ª fase da dosimetria do crime de corrupção passiva:** Tendo havido a prática de atos de ofício com infração do dever funcional, aplico a causa de aumento do §1º do art. 317 do CP, **elevando-a para seis anos de reclusão.**

A pena de multa no crime de corrupção passiva foi fixada em 150 dias multa (entre 10 a 360) e, em virtude da situação econômica e financeira de Eduardo Cunha, o valor do dia multa foi fixado no valor máximo, ou seja, 5 salários mínimos, vigentes ao tempo do último crime praticado (06/11). Fazendo os cálculos com base no salário mínimo da época R\$ 545,00, teríamos a seguinte operação  $150 \text{ dias multa} \times 5 \times \text{R\$ } 545,00 = \text{R\$ } 408.750,00$ , valores estes que deverão ser atualizados quando da execução da pena, que após o trânsito em julgado, serão cobrados pela Fazenda Nacional.

Dosimetria dos crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, da Lei n. 9.613/98, reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa):

**1ª fase da dosimetria do crime de lavagem de dinheiro:** Eduardo Cosentino da Cunha responde a outras ações penais (ação penal 6020383.2016.4.01.3400 em trâmite perante a 10ª Vara Criminal Federal de Brasília, e antiga ação penal 982 perante o Supremo Tribunal Federal enviada ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região), mas não foi ainda por elas julgado. Então será considerado como tendo bons antecedentes. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A lavagem, no presente caso, envolveu especial sofisticação, com a utilização de não uma, mas duas contas secretas no exterior, em nome de trusts diferentes, com transações entre elas, inclusive com fracionamento quando do recebimento do produto do crime para dificultar



rastreamento. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001). Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de cerca de um milhão e quinhentos mil dólares. A lavagem de significativa quantidade de dinheiro merece reprovação a título de consequências. A culpabilidade é elevada. O condenado realizou condutas de ocultação e dissimulação, entre 2011 a 2014, quando no exercício do mandato de Deputado Federal. A responsabilidade de um parlamentar federal é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Não pode haver ofensa mais grave do que a daquele que trai o mandato parlamentar e a sagrada confiança que o povo nele depositou para obter ganho próprio. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade. **Considerando três vetoriais negativos**, de especial reprovação, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, **pena de cinco anos de reclusão**. Fixo multa proporcional para a lavagem em **cento e dez dias multa**.

**2ª fase da dosimetria do crime de lavagem de dinheiro:** Não há atenuantes ou agravantes.

**3ª fase da dosimetria do crime de lavagem de dinheiro:** Entre todos os crimes de lavagem, reconheço continuidade delitiva. Considerando a quantidade de crimes, dois, elevo a pena do crime mais grave em 1/6, chegando ela a **cinco anos e dez meses de reclusão** e cento e vinte e sete dias multa.

No crime de lavagem de dinheiro a pena de multa foi fixada no total de 127 dias multa, sendo que cada dia foi valorado em 5 salários mínimos, vigente ao tempo do crime (04/2014), ou seja R\$ 724,00, o que totaliza um montante de R\$ 459.740,00, valor este que deverá ser atualizado quando da sua execução, que se fará pela Fazenda Nacional.

Dosimetria dos crimes de evasão de divisas (art. 22 da L. 7.429/86), com pena de Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa

**1ª fase da dosimetria do crime de evasão de divisas:** Eduardo Cosentino da Cunha responde a outras ações penais (ação penal 6020383.2016.4.01.3400 em trâmite perante a 10ª Vara Criminal Federal de Brasília, e antiga ação penal 982 perante o Supremo Tribunal Federal enviada ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região), mas não foi ainda por elas julgado. Então será considerado como tendo bons antecedentes. Conduta social, motivos, consequências, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente, considerando o montante elevado dos valores cuja declaração foi omitida (itens 471 e 472). A culpabilidade é elevada. O condenado realizou as condutas delitivas, entre 2007 a 2014, quando no exercício do mandato de Deputado Federal. A responsabilidade de um parlamentar federal é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Não pode haver ofensa mais grave do que a daquele que trai o mandato parlamentar e a sagrada confiança que o povo nele depositou para obter ganho próprio. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade. Considerando duas vetorais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de evasão fraudulenta de divisas, pena de **três anos de reclusão**. Fixo a multa proporcional para a lavagem em **noventa e cinco dias multa**.

**2ª fase da dosimetria do crime de evasão de divisas:** Não há atenuantes ou agravantes.

**3ª fase da dosimetria do crime de evasão de divisas:** Entre todos os crimes de evasão, reconheço continuidade delitiva. Considerando a quantidade de crimes, dois, elevo a pena do crime mais grave em 1/6, chegando ela a **três anos e seis meses de reclusão e cento e sete dias multa**.

No crime de evasão de divisas fixou o valor do dia multa em 5 vezes o salário mínimo, vigente ao ano de 2014, ou seja R\$ 724,00, de forma que quando dos cálculos, será possível chegar no montante de  $107 \times 5 \times R\$ 724,00 = 387.340,00$ , valor este que deverá ser atualizado quando da sua execução, que se fará pela Fazenda Nacional.

Por fim, em virtude do concurso material de crimes (art. 69, CP), o juiz realizou a soma das penas, totalizando **quinze anos e quatro meses de reclusão**, estabelecendo o regime fechado de cumprimento de pena, bem como condicionando a progressão de regime à devolução ou ressarcimento dos valores nos termos do §4º, do art. 33 do CP.

A sentença não diz, mas fizemos os cálculos do total da multa fixado que resultou em R\$ 1.255.830,00 (um milhão, duzentos de cinquenta e cinco mil e oitocentos e trinta reais), cujos valores, após trânsito em julgado, serão convertidos em dívida ativa a ser cobrado pela Fazenda Nacional, com a devida atualização.

Como efeito da condenação pelo crime de lavagem de dinheiro (art. 7º, II, da Lei nº 9.613/1998), decretou a interdição para o exercício de cargo ou função pública ou de diretor, membro de conselho ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º da mesma lei pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade. **Aqui verificamos a necessidade de embargos de declaração**, uma vez que deixa a entender que a interdição será pelo dobro de 15 anos e 4 meses, sendo que a condenação pelo crime de evasão de divisas foi de três anos e seis meses de reclusão, não devendo esse efeito da condenação ser estendidos aos demais crimes.

Fixou um valor mínimo de indenização praticado (art. 387, VI, CPP) pelo crime contra a Petrobrás, no montante de 1,5 milhões de dólares, bem como a condenação nas custas processuais, mantendo a prisão preventiva de Eduardo Cunha.

Ao final, rendeu homenagem ao falecido Ministro Teori Zavascki, tendo em vista a sua grande atuação no processo da Lava Jato que tramita no Supremo Tribunal Federal, fazendo referência à possibilidade de aprovação da nova Lei de abuso de autoridade, sem as salvaguardas necessárias, para evitar o efeito prático

da criminalização da interpretação de lei, colocando em risco a independência judicial, subordinando-a ao interesse dos poderosos.

Este é o resumo da decisão que condenou Eduardo Constantino Cunha, cuja sentença se mostrou bem fundamentada e organizada, disponibilizando às partes (acusação e defesa) elementos suficientes para a formação de um juízo de valor, com vista ao manejo de eventual recurso de apelação. Além disso, mesmo sem ter acesso às peças processuais, pelo resumo das alegações finais da acusação e defesa é possível afirmar que os profissionais envolvidos (MPF e advogados), tiveram excelente atuação, especialmente a defesa, que aparentemente utilizou-se de todos os recursos e teses jurídicas para buscar um melhor resultado para o acusado, respondendo à orientação constitucional de que o “advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133, CF).

Parabéns a todos!

## **A POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE: O ASSISTENTE SOCIAL E OS DESAFIOS DE UMA AÇÃO INTERDISCIPLINAR.**

**DANIELLE LIMA COSTA:** Bacharel em Serviço Social pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Especialista em Gestão do suas pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Assistente Social da Secretaria de Inclusão social do Município de Novo Oriente - Ceará

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo debater a política nacional de saúde como um campo de intervenção do Assistente Social, problematizando, neste contexto, as competências e atribuições profissionais, assim como seus desafios e possibilidades de inserção nas equipes multiprofissionais da saúde numa ação interdisciplinar, sendo esse último item muito relevante, uma vez que no cenário atual exige-se cada vez mais do profissional a capacidade de trabalhar em grupo, tendo como sua base à interdependência entre os profissionais envolvidos, reconhecendo a área particular de cada um, somando esforços para a realização dos serviços. Tendo o Assistente Social um espaço em construção para compreender o trabalho interdisciplinar e efetivá-lo. Analisamos os espaços de atuação do Assistente Social na saúde, suas competências e atribuições, bem como os desafios da profissão, a articulação e sintonia desse profissional com os usuários que buscam os serviços de saúde.

**Palavras-chave:** Serviço Social. Saúde. Interdisciplinaridade.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the National Health Policy as a field of intervention of the Social Worker, in this context, problematizing the professional competences and attributions, as well as their challenges and possibilities of insertion in the multiprofessional health teams in an interdisciplinary action, being This last item is very relevant, since in the current scenario it is increasingly necessary for the professional to be able to work in a group, based on the interdependence between the professionals involved, recognizing the particular area of each one, adding efforts for the Performance of

services. Having the Social Worker a space under construction to understand the interdisciplinary work and put it into practice. We analyze the spaces of action of the Social Worker in the health, its competences and attributions, as well as the challenges of the profession, the articulation and attunement of this professional with the users that seek the health services.

**Keywords:** Social Service. Health. Interdisciplinarity.

---

## 1 - Introdução

A área da saúde, para os profissionais de Serviço Social é vista como um desafio profissional por conta das vulnerabilidades sociais e econômicas apresentadas como demandas diárias. É necessário que esse profissional conheça as políticas que norteiam a área e as referências específicas como as principais patologias, para compreender o contexto o qual está inserido.

Segundo Martinelli (2007, p.23) o assistente social trabalha com pessoas vulnerabilizadas que pedem um gesto humano: um olhar, um sorriso, uma palavra, uma escuta atenta, um acolhimento, para que possam se fortalecer na sua própria humanidade.

Abordar sobre o profissional de Serviço Social na saúde é necessário, levando em conta todo o processo de trabalho que envolve sua atuação.

O trabalho em saúde, por fazer parte do setor de serviços e ser compreendido como um trabalho que se efetiva no momento do encontro entre trabalhador e usuário, apresenta peculiaridades e o assistente social, inserido nesse processo, se apresenta como profissional que tem uma intervenção de natureza essencialmente política.

Mioto & Nogueira (2006, p. 282) evidenciamos que por estar situado no processo de trabalho coletivo em saúde, o assistente social, pautado na lógica dos direitos e da cidadania, a organização do seu trabalho “abarca os fatores de ordem política, econômica e social que condicionam o direito a ter acesso aos bens e serviços necessários para

se garantir a saúde, bem como exige uma consciência sanitária que se traduz em ações operativas na concretização dos direitos.”.

A construção desse trabalho é fruto de minha trajetória na área da saúde, quando no estágio obrigatório no Centro de Atenção Psicossocial - CAPS, pude vivenciar o exercício profissional do Serviço Social através do trabalho do Assistente Social na área da saúde, a partir desse momento surgiu o interesse pelo tema.

## **2 – A Política Nacional de Saúde**

### **2.1 – O Sistema Único de Saúde - SUS**

A Organização Mundial de Saúde – OMS define a saúde hoje como “o estado completo de bem-estar físico, mental e social”, aumentando o alcance do termo ao inserir aspectos sociais e aceitando o conceito de felicidade que cada um pode dar ao termo completo “bem-estar”, ressaltando as diferentes necessidades do ser humano (Rabelo 1995, p.5).

Matos (2009 p.45) comenta que na 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, reuniu cerca de 4500 pessoas, sendo mil delegados, para discutir os rumos da saúde no país. Os eixos debatidos na conferência foram: “Saúde como direito de cidadania”, “Reformulação do Sistema Nacional de Saúde” e “Financiamento Setorial”, sendo aprovada a bandeira da Reforma Sanitária. O relatório desta conferência serviu de base para a negociação dos defensores da Reforma Sanitária na reformulação da Constituição Federal e teve como ideias fundamentais: a participação, equidade, descentralização, integralidade e universalização, buscando a extensão dos direitos sociais, como a saúde, que é um direito do cidadão e um dever do Estado como rege a Constituição Federal de 1988, no Artigo 196:

“São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).”

A Constituição de 1988 integralizou mudanças no papel do estado e alterou profundamente o arcabouço jurídico-institucional do sistema público de saúde, criando novas relações entre as diferentes esferas de governo.

A Constituição Brasileira define a saúde como um direito de todos e dever do Estado e que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas (Art.6º CF/1988).

Na Lei Orgânica da Saúde – Lei nº. 8.080/1990 (Brasil, 1990a), Artigo 4, fica definido que o Sistema Único de Saúde - SUS é constituído pelas ações e serviços prestados por órgãos e instituições federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público.

Esta Lei tornava obrigatório o atendimento ao público, constituído como cidadãos de direito, com proibição de cobranças de recursos financeiros dos usuários sobre qualquer forma de pretexto, abordando também as condições para a promoção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços condizentes.

As diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS são inegociáveis. Os princípios de universalidade, preservação da autonomia, igualdade, integralidade e resolutividade, devem estar em sintonia com os princípios de territorialização, intersetorialidade, descentralização, hierarquização entre outros.

Os princípios do Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas na Constituição Federal que são:

- Universalidade: todas as pessoas devem ter acesso aos serviços de saúde como direito de cidadania, sendo esse principio a maior conquista das lutas em favor da Reforma Sanitária;
- Preservação da autonomia das pessoas, visando a sua integridade física ou moral;



- Igualdade da assistência médica, sem preconceitos ou privilégios, buscando a equidade, afirmando que todo cidadão é igual perante o SUS e deve ser atendido conforme sua necessidade.

- Integralidade: conjunto articulado de ações e serviços que visem atender o indivíduo como um ser humano integral e com necessidades de promoção e recuperação;

- Resolutividade: quando o indivíduo busca o atendimento ou quando surge algum impacto coletivo da saúde o serviço correspondente deve estar capacitado para resolver o atendimento com eficácia e eficiência (Art. 7º Lei 8.080/90).

Para Volpato (2009) os serviços do SUS devem ser organizados e hierarquizados para um maior conhecimento dos problemas de saúde da população, a fim de favorecer ações de vigilância epidemiológica, sanitária, educação em saúde, além de ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade que podem ser primários, secundários ou terciários.

Devido às dificuldades de efetivação do SUS houve a necessidade de ser criada a Norma Operacional Básica - NOB-SUS/96 que define estratégias e movimentos táticos, para aperfeiçoar a gestão do SUS e a operacionalidade deste sistema, com a finalidade de promover e consolidar os princípios do SUS, redefinindo responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Nogueira (2008, p.220) afirma que as inovações mais radicais relativas ao modelo de atenção proposto pela legislação do SUS somente teve início com essa norma operacional.

Vale lembrar a importância da fiscalização e da participação social nas rotinas do SUS com o intuito de fortalecer as ações de vigilância na busca pelo SUS “ideal” para a população, acessível a todos com atendimento e serviços de qualidade.

Para Matos (2004):

Cabe ao Serviço Social – numa ação necessariamente articulada com outros segmentos que defendem o aprofundamento do Sistema Único de Saúde (SUS) – formular estratégias que busquem reforçar ou criar experiências nos serviços de saúde que efetivem o direito social à saúde, atentando que o trabalho do assistente social que queira ter como norte o projeto ético-político tem que, necessariamente, estar articulado ao projeto da reforma sanitária. (Matos, 2003; Bravo & Matos, 2004).

Com a criação do Sistema Único de Saúde, ampliaram-se os espaços de atuação do assistente social, sendo o profissional chamado a atuar com as políticas públicas intervindo e orientando sobre direitos sociais.

## **2.2 A Reforma Sanitária**

A Reforma Sanitária nasceu na luta contra a ditadura, com o reflexo das lutas e mobilizações de trabalhadores da saúde e movimentos populares na busca de um modelo universal.

O Projeto de Reforma Sanitária, que influenciou a formação do Sistema Único de Saúde – SUS.

Segundo os Parâmetros da Atuação do Assistente Social na saúde (2009 p.19) a principal proposta de Reforma Sanitária é a defesa da universalização das políticas sociais e a garantia dos direitos sociais e busca da efetivação desse acesso, enfocando a descentralização da gestão e o controle social, com fundamentos legais garantidos na Constituição Federal de 1988, que regulamenta a política de saúde com a implementação do Sistema Único de Saúde – SUS.

A consciência sanitária, conceito fundamental da Reforma Sanitária para Berlinguer (1978, p.5), é compreendida como a tomada de

consciência de que a saúde é um direito da pessoa e um direito da comunidade. Como este direito é sufocado e este interesse descuidado, consciência sanitária é a ação individual e coletiva para alcançar este objetivo. Podem ter um papel relevante na formação da consciência sanitária, dependendo da orientação e dos instrumentos as forças sindicais e políticas.

O período pós-constitucional é marcado pelo projeto societário neoliberal, que contraria a Constituição Federal que afirma que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, tendo como uma das principais propostas o Estado mínimo, refletindo a ausência do Estado ante as demandas da questão social.

Para Vasconcelos (2009, p.25) houve nos anos 90, uma disputa na área da saúde de dois projetos políticos: o projeto privatista e o projeto da reforma sanitária que apresentaram diferentes exigências para o Serviço Social.

Para Bravo & Matos (2008, p.206):

O projeto privatista vem exigindo ao assistente social a seleção socioeconômica dos usuários, atuação psicossocial por meio de aconselhamento, ação fiscalizatória aos usuários dos planos de saúde, assistencialismo através da ideologia do favor e predomínio de abordagens individuais.

O Projeto de Reforma Sanitária vem apresentando como demandas que o assistente social trabalhe na busca de democratização do acesso às unidades e aos serviços de saúde, atendimento humanizado, estratégias de interação da instituição de saúde com a realidade, interdisciplinaridade, ênfase nas

abordagens grupais, acesso democrático às informações e estímulo à participação cidadã.

### **2.3 A Política de Humanização do Sistema Único De Saúde - SUS**

De acordo com CFESS (2009, p.26) a Humanização é uma temática que aparece com destaque no final de 1990 e início dos anos 2000, conseguindo legitimidade a partir da 11ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília, em 2000. Em 2001 foi criado o Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar pelo Ministério da Saúde com o objetivo de promover a cultura de um atendimento humanizado na área da saúde.

Segundo Casati (2205):

Os assistentes sociais têm sido chamados para viabilizar junto com outros trabalhadores esta política. Uma das questões fundamentais é ter clareza das diversas concepções de humanização, pois a mesma envolve aspectos amplos que vão desde a operacionalização de um processo político de saúde calcado em valores como a garantia dos direitos sociais, o compromisso social e a saúde, passando pela revisão das práticas de assistência e gestão (Casati e Correia, 2005 p.77).

A Política Nacional de Humanização - PNH é uma resposta do Ministério da Saúde para as constantes e inúmeras denúncias de mau atendimento e filas desumanas. Entre as prioridades da PNH podemos destacar a redução de filas, ampliação do acesso, o atendimento integral, acolhedor, resolutivo com base em critérios de risco, os usuários conhecerem os profissionais e a rede de serviços, a educação

permanente para os trabalhadores e a participação dos usuários e trabalhadores na gestão.

O assistente social necessita debater o significado da humanização com a equipe com o propósito de evitar visões distorcidas que levem a uma percepção romântica ou residual da atuação, focalizado somente na escuta e redução de tensão (CFESS, 2009, p.26).

Cabe aos profissionais estimularem um método de discussão, com a participação dos usuários, para revisar o projeto da unidade de saúde, das rotinas dos serviços e ruptura com o modelo centrado na doença.

O desafio da Humanização é a criação de uma nova cultura de atendimento, traçada na centralização dos sujeitos na construção coletiva do SUS. Para consolidar essa proposta é necessário que os trabalhadores estejam motivados, com condições de trabalho dignas e salários compatíveis (CFESS, 2009, p.26).

Devem ser elaborados protocolos assistenciais e rotinas de trabalho e investimentos na educação permanente das equipes, para refletir o modelo de atenção à saúde, e no processo coletivo de trabalho em saúde, sendo também de grande importância a participação dos usuários nesse processo.

A Política de Humanização não pode estar dissociada dos fundamentos centrais da política de saúde e a garantia dos princípios do SUS, e deve ter como referencial o Projeto de Reforma Sanitária (CFESS, 2009, p.27).

### **3. Descobrimo o profissional de Serviço Social**

#### **3.1 O Serviço Social como profissão**

Regulamentada pela Lei nº. 8.662/93, tendo o seu exercício profissional regido pelo Código de Ética Profissional dos Assistentes Sociais, resolução do Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, o Serviço Social tem como campo de atuação as políticas sociais, tendo por

compromisso a defesa e a garantia de direitos sociais fortalecendo a democracia e buscando a emancipação social.

A Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, o Sistema Único de Saúde - SUS, o Estatuto da criança e do adolescente - ECA, além de inúmeras outras diretrizes legais que se diferenciam de acordo com a área de atendimento e população atendida são alguns dispositivos legais dos quais o Serviço Social se conduz. Há também o destaque para alguns princípios específicos da profissão: o seu Projeto Ético-Político e o Código de Ética da Profissão.

Para Santos & Biasoli (2009 p.41) o profissional do Serviço Social tem formação ampla, generalista e acadêmica com base teórica, técnica, prática e política que possibilita elaborar, planejar e executar ações apoiando diversos seguimentos sociais; é profissão da área da assistência social inserida e articulada com outras políticas públicas, em especial na dimensão das políticas de saúde, educação, trabalho, previdência social e cultura, trabalhando com a população nas suas diferentes formas de nucleação e segmentos de forma sistêmica. Em especial com famílias, crianças, adolescentes e a terceira idade, contextualizados nas diferentes políticas de atendimento (habitação, saúde, educação e cultura), visando à assistência social, à promoção humana do cidadão em seu meio social.

Ocorreram grandes transformações no meio social devido ao processo de industrialização e urbanização. Promovendo, assim, mudanças na percepção e atuação profissional. Desse modo, segundo o CRESS - Conselho Regional de Serviço Social, houve a necessidade de se reconhecer a importância da profissão. Assim, a profissão surge para amortecer os conflitos existentes, os quais ganham visibilidade com o advento do capitalismo. A urgência dessa profissão se dá pelo novo espaço social que se apresenta na sociedade com o advento da Revolução Industrial.

Em 1999, de acordo com pesquisa feita pelo Ministério da Saúde, já se apontava como necessidade ou demanda a inclusão do assistente social na equipe mínima da saúde, apontando na pesquisa como necessário na equipe em quarto lugar, estando em primeiro lugar o

médico, em segundo lugar o enfermeiro e em terceiro o odontólogo, porém, o mesmo fica na posição de equipe de apoio, podendo fazer ou não parte da equipe, dependendo na maioria das vezes de decisão e vontade pública municipal.

O assistente social é um dos profissionais que trabalha diretamente sobre as diferenciadas expressões da questão social.

A questão social é compreendida como um complexo social que faz parte da natureza da propriedade privada no capitalismo, ou seja, é manifestação direta da apropriação privada da produção social e da lei geral da acumulação capitalista (MARX, 1984, p.187 APUD SILVA, 2007, p.283)

É fundamental para o assistente social qualificar o conhecimento para qualificar a intervenção, sendo exigida do mesmo a realização de pesquisas a partir da prática, trabalhando a partir de uma proximidade crítica com os sujeitos, visando sempre o valor social através do diálogo e criatividade na construção do conhecimento, transformando o conhecimento silencioso em conhecimento partilhado.

Considera-se que o Código de Ética da profissão apresenta ferramentas fundantes para o trabalho dos assistentes sociais na saúde em todas as suas dimensões: na prestação de serviços diretos à população no planejamento e assessoria.

### **3.2 O Projeto Ético-Político do Serviço Social**

O projeto ético-político profissional do Serviço Social materializa-se em diferentes dimensões da profissão:

- a) nos seus instrumentos legais;
- b) nas expressões e manifestações coletivas da categoria;

c) nas articulações com outras entidades de Serviço Social;

d) no trabalho desenvolvido nos diferentes espaços sócio ocupacionais;

e) no ensino universitário (Mendes,2004 p.117).

Mendes (2004, p.117) também afirma no que tange à dimensão de regulamentação legal, ganha materialidade nas reformulações do Código de Ética Profissional de 1993, que reafirmam o compromisso ético-político profissional com a classe trabalhadora; na Lei de Regulamentação da Profissão de 1993, que orienta sobre área e matéria de Serviço Social, suas competências e atribuições privativas; e nas Diretrizes Curriculares de 1996 que instituem a proposta básica para o projeto de formação profissional.

Para Camargo (2011, p.35) o movimento pela efetivação do direito social à saúde deve ocorrer articulado às demais categorias profissionais, tendo em vista a interdisciplinaridade e a integralidade das ações. Precisa estar comprometido com a defesa da Reforma Sanitária como modelo de atenção e proposta político-democrática orientadora do processo de trabalho em saúde. Além disso, visar à afirmação do Sistema Único de Saúde - SUS como forma de organização da política pública de saúde, de responsabilidade estatal, caráter universal e abrangência intersetorial.

É fundamental o fortalecimento do projeto ético-político profissional no cotidiano do trabalho do assistente social, contrapondo-se à difusão dos valores liberais que geram desesperanças, conformismo e encobrem a apreensão da dimensão coletiva das situações sociais presentes na vida dos indivíduos e grupos.

O assistente social pode utilizar um discurso de compromisso ético-político com a população e precisa ter uma análise das condições concretas para reeditar programas e projetos alheios às necessidades dos usuários.



É necessário romper com as práticas rotineiras, acrítica e burocrática, realizando a investigação da realidade a que estão submetidos os usuários dos serviços de saúde e a renovação da sua atuação, considerando as condições de vida dos mesmos e os referenciais teóricos e políticos hegemônicos na profissão, previstos na sua legislação, e no projeto de Reforma Sanitária.

### **3.3 A inserção do Assistente Social na Saúde**

A inserção dos assistentes sociais na área da saúde deu-se no final da década de 60, período em que ocorreu a unificação dos Institutos de Previdência Social – IAPS e a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, logo depois surge o Instituto Nacional de Assistência Médica de Previdência Social – INAMPS consolidando-se assim, o serviço social na saúde.

Nessa época, a assistência social não era destinada a todos. Os usuários de serviço social eram chamados de “beneficiários” e buscavam atendimento médico nas Santas Casas de Misericórdia.

Segundo Bravo, (2009, p.30) o Serviço Social médico, como era denominado, não atuava com procedimentos e técnicas de Desenvolvimento de Comunidade, mas sim, e prioritariamente, com o serviço social de casos, orientação inclusive da Associação Americana de Hospital e da Associação Americana de assistentes-médico-sociais. A participação só era visualizada na dimensão individual, ou seja, o engajamento do “cliente no tratamento”.

Em 1964, a ditadura militar não conseguiu reprimir o debate que discutia os rumos a serem tomados pelo serviço social. Nessa fase ocorreu o período de renovação profissional em busca de uma perspectiva modernizadora.

Entre a década de 70 e 80, ocorreram profundas modificações no cenário político sanitarista brasileiro.

De acordo com Bravo (2009):

[...] 1974-1979, o serviço social na saúde não se alterou, apesar do processo organizativo da categoria, do aparecimento de outras direções da profissão, do aprofundamento teórico dos docentes e do movimento geral da sociedade (BRAVO, 2009, p.22)

A intenção de ruptura marca a década de 1990 e a partir daí o Serviço Social atinge sua maioridade intelectual.

Segundo Bravo (2009, p.35) o serviço social na área da saúde chega à década de 1990 ainda com uma incipiente alteração da prática institucional; contínua como categoria, desarticulada do Movimento da Reforma Sanitária, e, com isso, sem nenhuma explícita e organizada ocupação na máquina do Estado pelos setores progressistas da profissão.

Destacamos também a ruptura com o conservadorismo, no entanto, os profissionais demonstram dificuldade de encontrar respostas na corrente marxista frente às demandas da profissão.

[...] os assistentes sociais verbalizam um compromisso com a população usuária, mas não conseguem transformá-lo em prática concreta. Assim, estes profissionais ainda reforçam os objetivos da instituição e não do Projeto Ético-Político da profissão. (Bravo, 2009, p. 39).

Novos desafios à profissão surgem na década de 1990, com a implantação do Sistema Único de Saúde - SUS, com as diretrizes das Leis Orgânicas da Saúde – Lei nº. 8.080 (Brasil, 1990 a) e 8.142 (Brasil, 1990 b).

A partir de 1990, as referências são de que saúde é uma política de direitos com caráter universal e de responsabilidade do Estado.

A inserção do Serviço Social nos serviços de saúde se deu por meio de uma busca de construção do exercício profissional a partir do modelo médico clínico. Assim, o Assistente Social foi identificado, em conjunto com outros profissionais, como aquele que podia contribuir para o aperfeiçoamento do trabalho do médico.

Para Bravo (2009), o trabalho do assistente social na saúde deve ter como eixo central a busca criativa e incessante da incorporação destes conhecimentos, articulados aos princípios do projeto de Reforma Sanitária e pelo Projeto Ético-Político do Serviço Social (Bravo, 2009, p.43).

### **3.4 A atuação do Assistente Social na Política de Saúde**

A Política de Saúde, reconhecida no texto Constitucional como “Direito de Todos e Dever do Estado”, vem sendo implementada e efetivada através do Sistema Único de Saúde – SUS (CFESS, 2009 p.20).

O assistente social é reconhecidamente um profissional da saúde. As resoluções do Conselho Nacional de Saúde nº. 218, de 06 de março de 1997, e do Conselho Federal de Serviço Social nº. 383, de 1999, além da Resolução nº. 196 de 1996 tratam da ética em pesquisa, envolvendo seres humanos. (ROSA et al, 2006, p.63-64) são expressões concretas desta afirmativa.

Para o CFESS (2009, p.15) a nova configuração da política de saúde impactou o trabalho do assistente social em diversas dimensões: nas condições de trabalho, na formação profissional, nas influências teóricas, na ampliação da demanda e na relação com os demais profissionais e movimentos sociais. Ampliou-se o trabalho precarizado e os profissionais são chamados para amenizar a situação da pobreza absoluta a que a classe trabalhadora é submetida.

O Serviço Social tem na questão social a base de sua fundamentação enquanto especialização do trabalho. A atuação profissional deve estar pautada em uma proposta que vise o enfrentamento das expressões da questão social que refletem nos diversos níveis de serviços que se

organizam a partir de ações de media e alta densidade tecnológica (CFESS, 2009 p. 20).

A inserção do assistente social vem sendo escrita ao longo dos anos, e é caracterizada por um profissional que, articula o recorte social nas diferentes formas de promoção de saúde, identificar causalidades e multiplicidade dos fatores que afetam a qualidade de vida da população.

Os assistentes sociais na saúde atuam em quatro grandes eixos: atendimento direto aos usuários; mobilização, participação e controle social; investigação, planejamento e gestão; assessoria, qualificação e formação profissional (CFESS, 2009, p.41)

Segundo os parâmetros para a atuação dos assistentes sociais (2009, p.23) é essencial para uma atuação competente do Serviço Social na área da saúde estar articulado e sintonizado ao movimento dos trabalhadores da saúde e de usuários que lutam pela real efetivação do SUS; facilitar o acesso de todo e qualquer usuário aos serviços de saúde; tentar construir e efetivar, em conjunto com outros trabalhadores da saúde, espaços nas unidades que garantam a participação popular; elaborar e participar de projetos de educação permanente; buscar assessoria técnica e sistematizar o trabalho desenvolvido; potencializar a participação dos sujeitos sociais contribuindo no processo de democratização das políticas sociais, ampliando os canais de participação da população na formulação, fiscalização e gestão das políticas de saúde, visando o aprofundamento dos direitos conquistados.

As ações socioeducativas consistem em orientações reflexivas e socialização de informações realizadas através de abordagens individuais, grupais ou coletivas ao usuário, família e população de determinada área programática, sua finalidade é proporcionar uma visão reflexiva e participativa aos usuários de serviços de saúde. Os grupos de convivência podem ser: mães/acompanhantes de pacientes, gestantes, hipertensos, diabéticos entre outros, proporcionando ao grupo a reflexão de suas condições de doenças e possibilidades de controle ou mesmo cura, bem como grupos que possam trabalhar com possíveis perdas. Deve ser o eixo central de atuação do profissional de Serviço

Social e recebem também a denominação de educação em saúde (CFESS, 2009 p.28).

As principais ações desenvolvidas nesse âmbito são: informação e debate sobre rotinas e funcionamento das unidades, objetivando a democratização da mesma e as necessárias modificações; análise dos determinantes sociais na situação apresentada pelos usuários; democratização dos estudos realizados pela equipe; análise da política de saúde e dos mecanismos de participação popular (CFESS, 2009 p. 28).

As ações socioeducativas ou educação em saúde não devem ficar baseadas no fornecimento de informação ou esclarecimentos que levem a simples adesão do usuário, fortalecendo a perspectiva de subalternização e controle dos mesmos, intencionando a dimensão da libertação na construção de uma nova cultura e ressaltar a participação dos usuários no conhecimento crítico da sua realidade potencializando os sujeitos para a construção de estratégias coletivas (CFESS, 2009 p.29)

Para realizar ações socioeducativas e assistenciais faz-se necessário à investigação, que deve ser um dos recursos utilizados pelo assistente social para concretizar e fundamentar sua atuação em todas as áreas das quais o serviço social abrange.

Ter consciência desse desafio faz do assistente social um profissional apto a intervir nas questões sociais, bem como nas relações dos usuários com os serviços de saúde.

O assistente social tem como objetivo cruzar o caráter emergencial e burocrático, direcionando suas ações rumo à mobilização e participação dos cidadãos na garantia de direitos á saúde.

Através da procura espontânea ocorre o atendimento aos usuários que procuram o serviço social para buscar soluções e apoio em suas necessidades que passam de dificuldade econômica a reclamações por conta da má qualidade dos serviços.

As ações assistenciais referem-se aos atendimentos sociais mediante as demandas que os usuários trazem ao assistente social da sua prática cotidiana.

Por meio da convivência com pacientes e seus familiares, deve ocorrer a mediação em relação a direitos constitucionais, embasando-se sempre em fundamentos teóricos, as legislações vigentes e a garantia de acesso universal a saúde.

O profissional de Serviço Social na saúde deve ter claras as suas atribuições e competências, como também a garantia de acesso a direitos para com isso caminhar em busca de uma sociedade menos desigual, bem como considerar que o Projeto Ético-Político do Serviço Social, adota a liberdade como princípio central e propõe a construção de uma nova ordem social, sem dominação ou exploração de classe, etnia ou orientação sexual (CFESS, 2009 p. 33).

### **3.5 Os principais locais de atuação do Assistente Social na Saúde**

#### **3.5.1 O Assistente Social nas Unidades Básicas de Saúde (UBS)**

O assistente social não compõe a equipe mínima priorizada pelo Ministério da Saúde que é composta pelo médico, enfermeiro, agentes comunitários de saúde e auxiliar de enfermagem, mas tem autonomia e capacidade de integrar a equipe observando sempre as necessidades de cada localidade.

A intervenção profissional do assistente social acontece no campo da proposição e formulação da gestão, do desenvolvimento e execução das políticas públicas, possibilitando o acesso dos segmentos das populações excluídas dos serviços, dos benefícios que foram conquistados socialmente que assegura a cidadania, participação e exercício do controle social.

O Serviço Social defende sua participação nas UBS, a fim de assegurar, institucionalmente, a participação de diferentes profissionais de saúde no mesmo.

Com as demandas apresentadas na saúde relacionadas à família, como violência doméstica, alcoolismo, drogas e o processo de perda da condição das famílias cuidarem de alguns de seus membros mais fragilizados como idosos, crianças, deficientes e outros, foram incorporadas a agenda das equipes das UBS.

### **3.5.2 O Assistente Social no hospital de Alta complexidade**

Os assistentes sociais atuam nos hospitais, conforme descreve Bravo (2009, p.29).

O assistente social vai atuar nos hospitais colocando-se entre a instituição e a população, a fim de viabilizar o acesso dos usuários ao serviço e benefícios. Para tanto, o profissional utiliza-se das seguintes ações: plantão, triagem ou seleção, encaminhamento, concessão de benefícios e orientações previdenciárias. (Bravo (2009, p.29)).

Fazem parte da atuação do profissional nos hospitais uma linguagem diferenciada, como exemplo temos o termo usuário, que no hospital passa a ser chamado de paciente e em alguns casos, pelo número do leito. A classificação internacional de doenças (CID 10) também é bastante usada no meio.

É um desafio para esses profissionais depararem-se com uma outra demanda, que é a relação da vida x morte, cabendo a esses profissionais a habilidade de atendimento a usuários terminais e a familiares que acompanham esse paciente, os denominados “cuidadores”.

As vítimas de violência é outra demanda existente ao serviço, impulsionando o profissional trabalhar a relação de perdas, bem como a possibilidade de trabalho com a doação de órgãos e tecidos.

A abordagem da doação de órgãos pode ser feita por qualquer profissional da saúde treinado para tal atribuição, mas normalmente esta função é feita por assistentes sociais.

Ressaltamos então que “não é o assistente social” o profissional responsável para dar a notícia do óbito, porém é o profissional que vai acompanhar os familiares no processo e diante das demandas que podem se apresentar. São pertinentes as orientações de direitos, benefícios como auxílio aos dependentes que ficam como esposas e filhos menores.

### **3.5.3 O Assistente Social no Centro de Atenção Psicossocial – CAPS**

De acordo com o Ministério da Saúde (2004, p. 13) o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS é um serviço de saúde aberto e comunitário do SUS. Ele é um lugar de referência no tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência num dispositivo de cuidado intensivo, comunitário, personalizado e promotor de vida. O objetivo do CAPS é oferecer atendimento á população, por meio do acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários.

O Ministério da Saúde afirma também que primeiro CAPS do Brasil foi criado em São Paulo em 1986, e hoje existem vários outros, que atualmente são regulamentados pela portaria n. 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002 e fazem parte, da rede do Sistema Único de Saúde, SUS (Brasil, 2004 p.12).

Estão intrínsecas na historicidade do serviço social as questões relacionadas ao assistencialismo e a caridade, porém com a evolução da profissão esse tipo de pensamento vem sendo alterado dando lugar a uma prática crítica-reflexiva em nome da defesa dos direitos dos usuários.

Na condução de seu trabalho, é preciso ter clareza dos princípios do Código de Ética que demarcam sua intervenção profissional, negando a



neutralidade e assumindo uma postura em favor da liberdade, da emancipação e da justiça social. Assim, à medida que os assistentes sociais assimilam o projeto ético-político da forma como ele se materializa no cotidiano profissional, no campo da saúde mental também serão utilizadas as propostas da Reforma Sanitária e Psiquiátrica, uma vez que estão de acordo com a proposta do Serviço Social.

O maior desafio do profissional que trabalha com a saúde mental é a humanização da mesma e a criação de serviços substitutivos, pois, infelizmente nos dias atuais ainda existe uma corrente de pensamentos que defende a exclusão dos usuários com transtorno mental.

O assistente social no campo da saúde mental possui uma visão de fatores sociais que contribuem para um melhor diagnóstico e também para inserir esse usuário na comunidade como cidadão de direitos.

O assistente social do CAPS esclarece os direitos dos pacientes com transtorno mental; realiza avaliação sócio econômica; orienta sobre o direito ou não a benefícios juntos a assistência social, o BPC (Benefício de Prestação Continuada) e outros previdenciários como auxílio doença; triagem (acolhimento, recebendo o usuário que vai iniciar o tratamento no CAPS, realizando uma avaliação e um processo de triagem, identificando se o usuário atende o perfil da demanda da instituição; realiza encaminhamentos internos: (psicóloga, psiquiatra e outros), como externos: (Programas de Saúde da Família e toda a rede sócio assistencial).

Para Strauss (2002, p.33) as funções do profissional de Serviço Social são: dar assistência para entidades conveniadas; emitir pareceres sobre projetos e supervisionar locais de atendimento como CAPS, creches, albergues e outros.

O Assistente Social tem a habilidade em reconhecer as necessidades desses indivíduos e a propor formas de ação para integrá-los à sociedade ou para buscar o seu bem-estar social. O principal campo de atuação desse profissional são os órgãos públicos.

Ao dar entrada no Centro de Atenção Psicossocial, o usuário passa por vários processos, o primeiro deles é o acolhimento, realizado por um profissional técnico de nível superior, podendo ser um enfermeiro, psicólogo, assistente social, dentre outros, que será responsável pela acolhida do usuário ao CAPS, no momento de sua chegada a unidade, esse profissional que o acolheu no serviço passará a ser referência para ele.

O acolhimento ocorre em uma sala reservada, para que possa ser feito o direcionamento do tratamento necessário ao usuário com transtorno mental, fazendo assim, o encaminhamento de cada caso.

Quando o usuário não apresenta transtornos que sejam acompanhados pelo CAPS, ele é encaminhado às unidades de referência que atenda sua necessidade. Apresentando transtornos que sejam acompanhados pelo CAPS, é feita sua admissão, com a abertura de um prontuário.

São desenvolvidos diariamente trabalhos no intuito de colocar o usuário a se exercitar, sentir-se útil e bem preparado para enfrentar os obstáculos que vierem a surgir na sua vida em sociedade, assim como facilitar as técnicas de aprimoramento profissional e pessoal.

Realizam-se terapias em grupo entre os pacientes e suas famílias, visando socializá-lo e promover a interação social de cada um.

Com base na teoria da inclusão social é que além das terapias internas oferecidas, também faz parte das terapias propostas pelo CAPS, às atividades externas para que os usuários possam interagir junto à necessidade e ao meio no qual o assistente social deve estar intrinsecamente ligado.

Os CAPS visam:

- prestar atendimento em regime de atenção diária;

- gerenciar os projetos terapêuticos oferecendo cuidado clínico eficiente e personalizado;
- promover a inserção social dos usuários através de ações intersetoriais que envolvam educação, trabalho, esporte, cultura e lazer, montando estratégias conjuntas de enfrentamento dos problemas. Os CAPS também têm a responsabilidade de organizar a rede de serviços de saúde mental de seu território;
- dar suporte e supervisionar a atenção à saúde mental na rede básica, PSF (Programa de Saúde da Família), PACS (Programa de Agentes Comunitários de Saúde);
- regular a porta de entrada da rede de assistência em saúde mental de sua área;
- coordenar junto com o gestor local as atividades de supervisão de unidades hospitalares psiquiátricas que atuem no seu território;
- manter atualizada a listagem dos pacientes de sua região que utilizam medicamentos para a saúde mental (Ministério da Saúde, 2004 p.13).

### **3.5.4 As principais atribuições e competências do Assistente Social na Saúde**

Considera-se que o Código de Ética da profissão apresenta ferramentas essenciais para o trabalho do assistente social na saúde.

O profissional de Serviço Social tem como objetivo a efetivação do Projeto Ético-Político da profissão e é importante saber que o projeto de Reforma Sanitária está vinculado ao mesmo.

A garantia da participação popular e dos trabalhadores de saúde nas decisões a serem tomadas, a participação em projetos de educação permanente e a assessoria aos movimentos sociais e conselhos fortalecendo a participação dos sujeitos sociais colaborando no processo de democratização das políticas sociais, aumentando os canais de participação da população na formulação, fiscalização e gestão das políticas de saúde, pretendendo aprofundar os direitos conquistados também são atribuições dos assistentes sociais atuantes na saúde (CFESS, 2009 p.19).

O Assistente Social deve guiar-se pelo Código de Ética e pela Lei de Regulamentação da profissão, respeitando e implementando as atribuições e competências dos mesmos nos ambientes de trabalho na saúde.

Segundo o Código de Ética da profissão (2012, p.26) em seu artigo 2º dispõe que são direitos dos assistentes sociais:

- a) garantia e defesa de suas atribuições e prerrogativas, estabelecidas na Lei de Regulamentação da Profissão e dos princípios formados neste Código;
- b) livre exercício das atividades inerentes à profissão;
- c) participação na elaboração e gerenciamento das políticas sociais, e na formulação e implementação de programas sociais;
- d) inviolabilidade do local de trabalho e respectivos arquivos e documentação, garantindo o sigilo profissional;
- e) desagravo público por ofensa que atinja a sua honra profissional;

f) aprimoramento profissional de forma contínua, colocando-o a serviço dos princípios deste Código;

g) pronunciamento em matéria de sua especialidade, sobretudo quando se tratar de assuntos de interesse da população;

h) ampla autonomia no exercício da profissão, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais não sendo obrigado a prestar serviços profissionais incompatíveis com as suas atribuições, cargos e funções;

i) liberdade na realização de seus estudos e pesquisas, resguardados os direitos de participação de indivíduos ou grupos envolvidos em seus trabalhos.

No que se refere aos deveres desses profissionais, o artigo 3º do Código de Ética do Serviço Social (2012, p.27) estabelece:

a) desempenhar suas atividades profissionais, com eficiência e responsabilidade, observando a Legislação em vigor;

b) utilizar seu número de registro no Conselho Regional no exercício da profissão; c) abster-se, no exercício da profissão, de práticas que caracterizem a censura, o cerceamento da liberdade, o policiamento dos comportamentos, denunciando sua ocorrência aos órgãos competentes.

O assistente social deve basear-se na perspectiva crítica deve orientar-se por uma prática crítica, reflexiva, com aspecto de

intencionalidade, participação, permitindo a compreensão da realidade social.

A intervenção orientada por esta perspectiva se dá pela leitura crítica de realidade e capacidade de identificação das condições materiais de vida e das respostas existentes no âmbito do Estado e da sociedade civil; pelo reconhecimento e fortalecimento dos espaços e formas de luta e organização dos trabalhadores em defesa de seus direitos; formular e construir coletivamente, em parceria com os trabalhadores de estratégias políticas e técnicas de pressão sobre o Estado pela garantia de recursos financeiros, materiais, técnicas e humanas necessários à garantia e ampliação dos direitos (CFESS, 2009).

Com base na Lei de Regulamentação da Profissão, as competências e atribuições requisitadas aos assistentes sociais e que são fundamentais á compreensão do contexto sócio histórico são:

- apreensão crítica dos processos sociais de produção e reprodução das relações sociais numa perspectiva de totalidade;
- análise do movimento histórico da sociedade brasileira, apreendendo as particularidades do desenvolvimento do capitalismo no país e as particularidades regionais;
- compreensão do significado social da profissão e de seu desenvolvimento sócio histórico, nos cenários internacional e nacional, desvelando as possibilidades de ações contidas na realidade;
- identificação das demandas presentes na sociedade visando a formular respostas profissionais para o enfrentamento da questão social, considerando as novas articulações

entre o público e o privado (ABEPSS, 1996).

A Lei de Regulamentação da Profissão estabelece no seu artigo 4 como competências do assistente social:

elaborar, implementar, executar e avaliar políticas sociais junto a órgãos da administração pública direta ou indireta, empresas, entidades e organizações populares;

elaborar, coordenar, executar e avaliar planos, programas e projetos que sejam de âmbito de atuação do Serviço Social com participação da sociedade civil;

encaminhar providências e prestar orientações sociais a indivíduos, grupos e à população;

orientar indivíduos e grupos de diferentes segmentos sociais no sentido de identificar recursos e de fazer isso aos mesmos no atendimento e na defesa de seus direitos;

planejar, executar e avaliar pesquisas que possam contribuir para a análise da realidade social e para subsidiar ações profissionais;

prestar assessoria e apoio aos movimentos sociais em matérias relacionadas às políticas sociais no exercício e na defesa dos direitos civis, políticos e sociais da coletividade;

planejamento, organização e administração de Serviços Sociais e de Unidades de Serviço Social;

realizar estudos socioeconômicos com usuários para fins de benefícios e serviços sociais juntos a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas

privadas e outras entidades, em matéria de Serviço Social (CFESS, 2009 p. 18).

Ainda na Lei de Regulamentação da Profissão (Lei n.º662), apresentamos como atribuições privativas do assistente social:

coordenar, planejar, executar, supervisionar e avaliar estudos, pesquisas, planos, programas e projetos na área de Serviço Social;

planejar, organizar e administrar programas e projetos em Unidades de Serviço Social;

assessoria e consultoria a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades em matéria de Serviço Social;

realizar vistorias, perícias técnicas, laudos periciais, informações e pareceres sobre a matéria de Serviço Social;

assumir no magistério de Serviço Social tanto a nível de graduação quanto pós-graduação, disciplinas e funções que exijam conhecimentos próprios e adquiridos em curso de formação regular;

treinamento, avaliação e supervisão direta de estagiários de Serviço Social;

dirigir e coordenar Unidades de Ensino e Cursos de Serviço Social de graduação e pós-graduação;

elaborar provas, presidir e compor bancas de exames e comissões julgadoras de concursos e outras formas de seleção para o assistente social; ou onde sejam aferidos conhecimentos inerentes ao Serviço Social;

coordenar seminários, encontros, congressos e eventos assemelhados sobre assuntos de Serviço Social;



fiscalizar o exercício profissional através dos Conselhos Federal e Regionais;

dirigir serviços técnicos de Serviço Social em entidades públicas ou privadas;

ocupar cargos e funções de direção e fiscalização da gestão financeira em órgãos e entidades representativas da categoria profissional (CFESS, 2009 p.18-19).

O Código de Ética Profissional (1993, p.23) também apresenta ferramentas fundamentais para a atuação profissional no cotidiano, ao colocar como princípios:

- reconhecimento da liberdade como valor ético-central;
- defesa intransigente dos direitos humanos;
- ampliação e consolidação da cidadania com vista à garantia dos direitos civis, sociais e políticos das classes trabalhadoras;
- defesa do aprofundamento da democracia, enquanto socialização política e da riqueza socialmente produzida;
- posicionamento em favor da equidade e justiça social, que assegure universalidade de acesso aos bens e serviços relativos aos programas e políticas sociais, bem como sua gestão democrática;
- empenho na eliminação de todas as formas de preconceito;
- garantia do pluralismo, através do respeito às correntes profissionais democráticas existentes e suas

expressões teóricas e compromisso com o constante aprimoramento intelectual;

- opção por um projeto vinculado ao processo de construção de uma nova ordem societária, sem dominação/exploração de classe, etnia e gênero;

- articulação com os movimentos de outras categorias profissionais que partilhem dos princípios deste Código e com a luta geral dos trabalhadores;

- compromisso com a qualidade dos serviços prestados à população e com o aprimoramento intelectual, na perspectiva da competência profissional;

- exercício do Serviço Social sem discriminação.

Esses instrumentos legais são fundamentais para a delimitação das atribuições e competências dos assistentes sociais na saúde e podem ser desenvolvidas nos diversos espaços.

As principais ações a serem desenvolvidas pelo assistente social são:

prestar orientações (individuais e coletivas) e/ou encaminhamentos quanto aos direitos sociais da população usuária, no sentido de democratizar as informações;

identificar a situação socioeconômica (habitacional, trabalhista, previdenciária) e familiar dos usuários com vistas à construção do perfil socioeconômica para possibilitar a formulação de estratégias de intervenção.

realizar abordagem individual e/ou grupal, tendo como objetivo trabalhar os determinantes sociais da saúde dos usuários, familiares e acompanhantes;

criar mecanismos e rotinas de ação que facilitem e possibilitem o acesso dos usuários aos serviços, bem como a garantia de direitos na esfera da seguridade social;

realizar visitas domiciliares quando avaliadas a necessidade pelo profissional do Serviço Social, procurando não invadir a privacidade dos usuários e esclarecendo os objetivos das mesmas;

realizar visitas institucionais com o objetivo de conhecer e mobilizar a rede de serviços no processo de viabilização dos direitos sociais.

trabalhar com as famílias no sentido de fortalecer seus vínculos, na perspectiva de torná-los sujeitos do processo de promoção, proteção, prevenção e recuperação de saúde.

criar protocolos e rotinas de ação que possibilitem a organização, normatização e sistematização do cotidiano no trabalho profissional.

registrar os atendimentos sociais no prontuário único com objetivo de formular estratégias de intervenção profissional e subsidiar a equipe de saúde quanto às informações sociais dos usuários, resguardados as informações sigilosas que devem ser registradas no prontuário social. (CFESS, 2009, p.22)

Ainda segundo os Parâmetros da atuação do assistente social na saúde (2009, p. 46) a equipe de saúde e/ou empregadores, frente às condições de trabalho e/ou falta de conhecimento das competências do assistente social, tem requisitado diversas ações aos profissionais que NÃO são atribuições dos mesmos, a saber:

marcação de consultas e exames;

solicitação e regulação de ambulância para a remoção e alta;

identificação de vagas em outras unidades nas situações de necessidade de transferência hospitalar;

pesagem e medição de crianças e gestantes;

convocação do responsável para informar sobre alta e óbito;

comunicação de óbitos;

emissão de processo e preenchimento de formulários para viabilização de Tratamento Fora de Domicílio (TFD), medicação de alto custo e fornecimento de equipamentos (órgãos, prótese e meios auxiliares de locomoção) bem como a dispensação destes.

Muitas vezes, é notada as dificuldades de dialogar com a equipe de saúde para esclarecer suas atribuições e competências face as demandas impostas e a fragmentação do trabalho existente, porém estas dificuldades deve impulsionar a realização de reuniões e debates entre os diversos profissionais para o esclarecimento de suas ações e estabelecimento de rotinas e planos de trabalho (CFESS, 2009 p.24).

Para o CFESS (2009, p.24-25) a alta hospitalar, a alta médica, a alta a pedido e a alta social são situações que devem ser observadas com cuidado por parte da equipe multiprofissional:

A alta hospitalar é outra demanda que precisa ser refletida pela equipe a fim de estabelecer as atribuições dos diversos profissionais. Parte-se do pressuposto de que a participação do assistente social no acompanhamento dos usuários e/ou família é que vai indicar se há demanda para a intervenção direta do profissional no processo de alta.

A alta médica e a alta social devem acontecer ao mesmo tempo. Em situações em que o usuário já estiver recebido alta médica sem

condições de alta social, cabe ao profissional de Serviço Social notificar a equipe, registrando no prontuário a sua intervenção de forma a ratificar o caráter do atendimento em equipe, com o objetivo de estabelecer interface do usuário/familiar com a equipe.

A alta a pedido também é uma situação que recai sobre a equipe e, muitas vezes, sobre o profissional de Serviço Social. Algumas reflexões são importantes sobre o significado da alta e da autonomia do usuário no serviço de saúde e que procedimentos a equipe deve adotar coletivamente. O usuário, na condição de sujeito protagonista da sua história, deve ser autônomo para decidir sobre os rumos do tratamento de saúde a ser adotado e a que procedimento deve ser submetido.

O usuário, civilmente capaz, deve exercer o seu direito de decidir sobre o seu tratamento e sobre que rituais deve adotar quanto ao destino de sua saúde.

Frente à alta social, a atuação do assistente social é a de orientação, esclarecimentos e reflexão junto ao usuário e a equipe de saúde com relação às condições objetivas que estão impulsionando os usuários a tomarem esta decisão. O profissional responsável pela alta deve ser o médico e não o assistente social. O profissional de Serviço Social pode ser um interlocutor entre os usuários e a equipe de saúde com relação às questões sociais e culturais, visto que pela sua própria formação há o respeito pela diversidade, o que geralmente é mais difícil para outros profissionais e saúde.

Conforme o CFESS (2009, p.27) para desenvolver uma ação interdisciplinar no trabalho em equipe na área da saúde o assistente social deve:

esclarecer as suas atribuições e competências, elaborando junto com a equipe propostas de trabalho que delimitem as ações dos diversos profissionais através da realização de seminários, debates, grupos de estudos e encontros;

elaborar junto com a equipe de saúde, a organização e realização de treinamentos e capacitação do pessoal técnico-administrativo com vistas a qualificar as ações administrativas que tem interface com o atendimento ao usuário tais como a marcação de exames e consultas, e a convocação da família e/ou responsável nas situações de alta e óbito;

incentivar e participar junto com os demais profissionais de saúde da discussão do modelo assistencial e da elaboração de normas, rotinas e da oferta de atendimento, tendo por base os interesses e demandas da população usuária. Isto exige o rompimento com o modelo assistencial baseado na procura espontânea e no tratamento isolado das doenças;

criar junto com a equipe, uma rotina que assegure a inserção do Serviço Social no processo de admissão, internação e alta hospitalar no sentido de, desde a entrada do usuário/família na unidade, identificar e trabalhar os aspectos sociais da situação apresentada e garantir a participação dos mesmos no processo de reabilitação, bem como a plena informação de sua situação de saúde e a discussão sobre as suas reais necessidades e possibilidades de recuperação, face as suas condições de vida;

realizar em conjunto com o médico, o atendimento à família e/ou responsáveis em caso de óbito, cabendo ao assistente social o apoio necessário para o enfrentamento da questão e, principalmente, esclarecer a respeito dos benefícios e direitos referentes à situação, previstos no aparato normativo e legal vigente tais como os relacionados à previdência social, ao mundo do trabalho (licença) e aos seguros sociais (DPVAT) bem como informações sobre sepultamento gratuito, traslado (relação a usuários de outras localidades), entre outras

garantias de direitos; e participação em conjunto com a equipe de saúde, de ações socioeducativas nos diversos programas e clínicas, como por exemplo: no planejamento familiar, na saúde da família, na saúde da mulher, da criança e do idoso, na saúde do trabalhador, nas doenças infectocontagiosas (DST/AIDS, tuberculose, hanseníase, entre outras), e nas situações de violência sexual e doméstica;

planejar, executar e avaliar com a equipe de saúde ações que assegurem a saúde enquanto direito;

sensibilizar o usuário e/ou sua família para participar do tratamento de saúde proposto pela equipe;

participar do projeto de humanização da unidade na sua concepção ampliada, sendo transversal a todo o atendimento da unidade e não restrito à porta da entrada, tendo como referência o projeto de Reforma Sanitária;

realizar a notificação, frente a uma situação constatada e/ou suspeita de violência aos segmentos já explicitados às autoridades competentes bem como a verificação das providências cabíveis.

### **3.5.5 As demandas atuais do Serviço Social na Saúde**

As ações assistenciais têm-se constituído nas principais demandas aos profissionais de Serviço Social.

Conforme afirma Costa (2000) a inserção dos assistentes sociais nos serviços de saúde é mediada pelo reconhecimento social da profissão e por um conjunto de necessidades que se definem e redefinem a partir das condições históricas sob as quais a saúde pública se desenvolveu no Brasil. A implementação do Sistema Único de Saúde - SUS, a partir de 1990, exigiu novas formas de organização do trabalho em saúde, com o

início das reivindicações históricas do movimento sanitário que são exemplo à universalização, a descentralização e a participação popular.

No entanto, contradições são criadas com a contrarreforma na saúde, impossibilitando o SUS constitucional, ocasionando no cotidiano dos serviços, diferentes questões operativas: demora no atendimento, precariedade dos recursos, burocratização, destaque na assistência médica curativa, contratempos com a qualidade e quantidade de atendimentos, não atendimento aos usuários. Algumas questões vão aparecer no cotidiano dos serviços por meio das seguintes demandas explícitas: solução quanto ao atendimento (facilitar marcação de consultas e exames, solicitação de internação, alta e transferência); reclamação com relação à qualidade do atendimento ou não atendimento (relações com a equipe, falta de medicamento, entre outros); não atendimento do tratamento indicado (CFESS, 2009 p.21-22).

É de extrema importância elaborar protocolos a fim de definir o fluxo de encaminhamentos para os serviços institucionais, sendo recomendado ao profissional realizar suas orientações visando o acesso dos pacientes e seus familiares aos direitos sociais.

A violência contra crianças, adolescentes, mulheres, idosos, gays, lésbicas, homossexuais, transexuais e pessoas com deficiências são demandas que aparecem para as equipes multidisciplinares, sendo responsabilidade de toda equipe, cabendo ao assistente social colaborar nessa ação, mas deixando claro não ser sua atribuição privativa do mesmo.

Realizar abordagem socioeducativas com as famílias, socializando as informações em relação aos recursos, viabilizando os encaminhamentos necessários e buscando respostas com o comprometimento de outros profissionais.

Para Iamamoto (2007, p.165) o trabalho dos assistentes sociais deve ser “[...] capaz de acumular forças na construção de novas relações entre Estado e a sociedade civil, que reduzam o fosso entre o desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais”.



De acordo com o Conselho Federal de Serviço Social (2010), as demandas são classificadas como o direito ao atendimento dos usuários, as ações sócio assistenciais; as ações de articulação com a equipe de saúde, as ações socioeducativas; a mobilização, participação e controle social, a investigação, o planejamento, gestão e a assessoria, além da qualificação de sua formação profissional.

#### **4. A atuação do Serviço Social na área da Saúde: Ação interdisciplinar**

A prática interdisciplinar exige muito mais que a presença de profissionais de diferentes formações em uma mesma equipe, demanda o abandono de posturas profissionais rígidas, intolerantes e centralizadoras.

A conscientização que sua profissão e função é tão importante e necessária quanto a do outro, poderia ser o primeiro passo para um bom relacionamento em equipe.

Para Miotto, a interdisciplinaridade é compreendida como um processo de desenvolvimento de uma postura profissional que viabilize um olhar ampliado das especificidades que se conjugam no âmbito das profissões, através de uma equipe multidisciplinar, visando integrar saberes e práticas voltadas à construção de novas possibilidades de pensar e agir em saúde. (MIOTTO, 2008, p.279).

E segundo Rodrigues, (1998, p.156) a interdisciplinaridade, favorecendo o alargamento e a flexibilização no âmbito do conhecimento, pode significar uma instigante disposição para os horizontes do saber (...) Penso a interdisciplinaridade, inicialmente como postura profissional que permite se pôr a transitar o “espaço da diferença” com sentido de busca, de desenvolvimento da pluralidade de ângulos que um determinado objeto investigativo é capaz de proporcionar, que uma determinada realidade é capaz de gerar, que diferentes formas de abordar podem trazer.

Faz-se necessário o exercício de aprendizagem, ser um bom profissional, que segue as orientações técnicas e mostra-se disposto a

aprender com os conhecimentos das outras áreas, apropriando-se dos mesmos para um bom convívio e respeito mútuo. O processo de ensino-aprendizagem, sem autoritarismo ou licenciosidade é essencial para a construção do fazer interdisciplinar.

Trabalhando em equipe o assistente social dispõe de ângulos particulares de observação na interpretação das condições de saúde do usuário e uma competência também distinta para o encaminhamento das ações, que o diferencia do médico, do enfermeiro, da nutricionista e dos demais trabalhadores que atuam na saúde (CFESS, p.46).

O assistente social por sua formação pode ser articulador deste debate, conseguindo indicar reflexões e formas de atendimento numa perspectiva de totalidade podendo pautar as reflexões no grupo de profissionais em direção ao reconhecimento das necessidades em saúde e das determinações sociais do processo saúde e doença.

O assistente social da saúde deve estar preparado para lidar com o aspecto das doenças e a possibilidade de finitude, estar atento ao papel do cuidador e à família que, geralmente, é sobrecarregada a um responsável.

Através da interdisciplinaridade nos é proporcionado a integração do conhecimento e a oportunidade de busca de respostas aos desafios da contemporaneidade, requisitando do profissional um olhar diferenciado e amplo para compreender a dinâmica determinada na realidade em que estamos inseridos. É necessário romper com a visão individual, presa nos nossos próprios muros de domínio de conhecimento profissional.

#### **4.1 A Saúde como um direito social**

O direito a saúde faz parte dos direitos sociais, reconhecido na Constituição Federal de 1988.

Antes da promulgação da Constituição de 1988 apenas os trabalhadores com carteira assinada juntamente com seus familiares tinham direito aos atendimentos e serviços oferecidos pelo Estado.

A saúde é o direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal, 1988)

São princípios da Carta de Direitos dos Usuários da Saúde (2007, p.01):

1. Todo cidadão tem direito ao acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde.

2. Todo cidadão tem direito a tratamento adequado e efetivo para seu problema.

3. Todo cidadão tem direito ao atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação.

4. Todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos.

5. Todo cidadão também tem responsabilidades para que seu tratamento aconteça da forma adequada.

6. Todo cidadão tem direito ao comprometimento dos gestores da saúde para que os princípios anteriores sejam cumpridos.

Sem acesso à saúde não há condições de vida digna. A saúde deve ser financiada pelo Estado e esse tem o papel de criar condições de atendimento universalizado e integralizado.

#### **4.2 A participação do assistente social nos espaços de participação democrática**

As ações de participação, mobilização e controle social são voltadas para a inserção dos usuários, familiares e trabalhadores de saúde nos espaços democráticos de controle social.

Tem como perspectiva a democratização da instituição através da criação de conselhos gestores de unidades e outros órgãos colegiados que objetivem a participação dos trabalhadores de saúde na gestão da unidade. Engloba ações de mobilização em defesa da saúde nas áreas em que a instituição está localizada e articulação com movimentos sociais.

A ouvidoria do SUS é um canal de articulação entre o cidadão e a gestão pública de saúde, com objetivo de melhorar a qualidade dos serviços prestados. Entre suas atribuições estão: receber as solicitações, reclamações denúncias, elogios e sugestões encaminhadas pelos cidadãos e levá-las ao conhecimento dos órgãos competentes (CFESS, 2009 p.30).

Os assistentes sociais têm sido convocados a implantar os serviços de ouvidoria nas unidades de saúde. O assistente social, dentro da equipe de saúde é o profissional que faz uma escuta qualificada e diferenciada, o que pode ser claramente identificado através dos princípios do Código de Ética Profissional (CFESS, 2009 p.31).

Nos Conselhos de Saúde (locais, distritais, municipais, estaduais e nacional), o assistente social deve contribuir para a democratização da saúde enquanto política pública e para o acesso universal aos serviços de saúde e incentivar a educação permanente dos conselhos de saúde, objetivando fortalecer o controle social, por meio de cursos e debates sobre temáticas de interesse dos mesmos, na perspectiva crítica.

O assistente social ao assumir a ouvidoria deve dispor dos dados obtidos nos atendimentos no conselho diretor da unidade ou direção da unidade bem como estabelecer articulação com os conselhos de saúde

A ouvidoria como canal de articulação entre o cidadão e a gestão, não é uma atribuição privativa dos assistentes sociais, podendo ser realizada por outros profissionais (CFESS, 2009 p.30).

A articulação com movimentos sociais vem a ser importante na mobilização e participação social, fortalecendo os fóruns e conselhos; estabelecer relações com determinadas demandas institucionais; discutir a política de saúde e traçar alternativas para a garantia dos direitos sociais.

Socializar as informações e mobilizar os usuários e familiares para a luta por melhores condições de vida, de trabalho e de acesso aos serviços de saúde; estimular usuários, familiares, trabalhadores de saúde e movimentos sociais para a participação em fóruns, conselhos e conferências de saúde e de outras políticas públicas; possibilitar a participação de usuários no processo de elaboração, planejamento e avaliação nas unidades de saúde e na política social, são estas umas das principais ações desenvolvidas pelo assistente social no campo da mobilização, assim como participar da ouvidoria com a preocupação de democratizar questões evidenciadas pelos usuários, reunindo-se com o conselho diretor da unidade bem como com os conselhos de saúde coletivizando as questões e interferindo no planejamento da instituição de forma coletiva (CFESS, 2009 p.31).

O assistente social deve contribuir para a discussão democrática e a viabilização das decisões aprovadas nos espaços de controle social, fortalecendo esses espaços coletivos de participação dos usuários.

Participar na organização, coordenação e realização de pré-conferências e conferências de saúde (local, distrital, municipal, estadual e nacional) também são ações que devem ser desenvolvidas pelos assistentes sociais nesse contexto (CFESS, 2009 p.32).

Cabe ao assistente social estar articulado e sintonizado ao movimento dos trabalhadores, à participação efetiva das mobilizações e controle social, além de mediar a relação da instituição empregadora

com os usuários, com uma prática propositiva e facilitadora quanto ao acesso de todo e qualquer usuário aos serviços de saúde da instituição.

## **Conclusão**

É compromisso do assistente social insuflar a ética a cada uma das nossas ações profissionais, a fim de que nos tornemos mais humanos, humanizando nossas práticas, reconhecendo nos usuários os sujeitos de direitos que são, tencionando um contexto de cidadania e de democracia e assumir esse compromisso que só pode ser alcançado por meio de práticas interdisciplinares, traçado em uma perspectiva ética de humanização e qualidade de vida.

É exigido do profissional um contínuo processo de conhecimentos através de pesquisas e intervenção profissional competente, vigorosa e crítica, baseada na Política Nacional de Saúde e no Projeto Ético Político do Serviço Social.

É considerado um desafio porque assegurar ao cidadão uma prática humana e humanizadora, na qual o valor humano, a qualidade de vida e a dignidade da morte, no caso dos pacientes fora de possibilidades terapêuticas sejam alicerces construídos e objetivos comuns para toda a equipe.

Não se deve ficar acuado frente aos obstáculos que se apresentam na atualidade, tem que se considerar que existem muitas atividades e alternativas que podem ser desenvolvidas pelos profissionais de serviço social.

O Assistente Social baseado em sua fundamentação teórica e prática superar os obstáculos apresentados no contexto atual, considerando atividades e métodos para garantir direitos e melhores condições de vida aos usuários.

Encarar a defesa da democracia das políticas públicas para os assistentes sociais, fazendo frente ao projeto ético neoliberal, já que esta degrada direitos e conquistas defendidos por suas entidades representativas nos fóruns e nas legislações normativas da profissão.

Para Iamamoto (2002) existem diversas armadilhas no que se refere à análise das expressões da questão social evidenciadas no cotidiano profissional. É compromisso do profissional embasar-se no Código de Ética em contribuir para o bem comum, com esforço em atender o maior número de indivíduos beneficiários.

Outro desafio também proposto ao profissional de serviço social é o de responder as demandas e buscar a articulação aos demais profissionais da saúde, aos movimentos sociais e a outras políticas sociais.

Nas ações em equipe, devem ficar claras suas atribuições e competências diante da Lei de Regulamentação da Profissão – Lei nº. 8.662/93 (BRASIL, 1993).

É indicado ao profissional a criação de um protocolo de atendimento para que a equipe conheça suas reais funções e não as confundam com o profissional “faz tudo” da equipe, ou seja, aquilo que outro não responde ou não assume, o assistente social assume.

Segundo os Parâmetros da Atuação do Assistente Social na saúde (2009, p.23) na equipe interdisciplinar, geralmente é o assistente social que media a relação com os outros profissionais, relatando a estrutura familiar e as necessidades de orientações, além de solicitar aos outros profissionais de saúde as orientações e treinamentos necessários.

Para efetivação da interdisciplinaridade é fundamental que o profissional conscientize-se que sua profissão não pode estar isolada de outras profissões e que para interagir com as mesmas é necessário saber definir e ser competente em seu campo, sendo esse um elemento fundamental para que haja a troca entre saberes.

Com isso, concluímos que é possível sim a atuação interdisciplinar do assistente social na equipe multidisciplinar de saúde, quando o profissional deve manter o diálogo e olhar diferenciado para o objeto através da desacomodação, saindo assim da sua zona de conforto em busca do novo.

O Serviço Social não pode se caracterizar como uma prática por conta da intervenção no campo social. Podemos evidenciar as dificuldades do ser humano em conviver com as diferenças, sendo necessário ir além de si mesmo e reconhecer no outro uma possibilidade de superação.

Evidenciamos a existência de uma política específica para os usuários da saúde, grande parte da população ainda desconhece esse fato, sendo fundamental o papel do Assistente Social que garante aos usuários o acesso às informações, para que estes tenham condições de reivindicar direitos e lutar pela sua efetivação.

Compete ao Assistente Social também incentivar a participação dos usuários nos Conselhos de Saúde, plenárias e fóruns, espaços onde se materializa o controle social fundamental para a construção de uma nova ordem societária, mais justa e mais igualitária.

É fundamental planejar suas ações e intervenções baseadas na ética e no compromisso com o usuário. Visando a qualidade dos serviços prestados à população.

### *REFERÊNCIAS*

BERLINGUER, Giovanni. **Medicina e Política**. São Paulo: CEBES – HUCITEC, 1978.

BISNETO, José Augusto. **Uma análise da prática do Serviço Social Mental**. In Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo, v.82 p.110-130, 2005.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Norma Operacional Básica – NOB/SUS**. Brasília, janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. Secretária de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial**/ Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.



\_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei nº. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições de promoção e recuperação da saúde, a organização e o financiamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRAVO, Maria Inês Souza. **A política de saúde na década de 90: projetos em disputa. Superando Desafios** – Cadernos do SS do Hospital Universitário Pedro Ernesto Vol. 4. Rio de Janeiro, UERJ/HUPE, 1999.

BRAVO & MATOS, Maurílio Castro. **A saúde no Brasil: Reforma Sanitária e Ofensiva Neoliberal**. In Bravo, MIS & PEREIRA, P.A (Orgs). Política Social e Democracia. São Paulo: Cortez: Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

BRAVO & MATOS, Maurílio Castro. **Reforma Sanitária e o Projeto Ético-Político do Serviço Social: elementos para o debate**. In: BRAVO, Maria Inês Souza, VASCONCELOS, Ana Maria, GAMA, Andréa de Souza, MONNERAT, Gisele Lavina (Orgs): Saúde e Serviço Social. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: UERJ, 2004.

CASATE, Juliana Cristina e CORREA, Adriana Kátia. **Humanização do atendimento em saúde: conhecimento veiculado na literatura de enfermagem**. Revista Latino-Americana de Enfermagem. Vol 13, nº. 1, Jan/Fev, 2005. p.105-11. ISSN 0104 – 1169. Disponível em <http://www.scielo.br> Acesso em: 01 de maio de 2014.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Código de Ética Profissional dos Assistentes Sociais**. Resolução CFESS nº. 273, de 13 de março de 1993 com as alterações introduzidas pelas Resoluções CFESS nº.290/94 e nº.293/94.

COSTA, Maria Dalva Horácio da. **O trabalho nos serviços de saúde e a inserção dos (as) assistentes sociais**. In: Serviço Social & Sociedade. São Paulo: Cortez, nº. 62, 2000.

**DIRETRIZES CURRICULARES DA ABEPSS**, Rio de Janeiro, novembro/1996.

IAMAMOTO. Marilda Villela **Projeto Profissional. Projeto Profissional, Espaços Ocupacionais e Trabalho do Assistente Social na atualidade. Atribuições Privativas do (a) Assistente Social Em Questão**. Brasília, 2002.

**Lei nº. 8.662**. de 7 de junho de 1993. disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8662](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8662). Acesso em 06 de Abril de 2014.

MATOS. **Assessoria e Consultoria: Reflexões para o Serviço Social**. In: BRAVO, Maria Inês Souza & MATOS, Maurílio Castro (orgs). Assessoria, Consultoria e Serviço Social. Rio de Janeiro: 7 letras, 2006.

MATOS, M.C. **O debate do Serviço Social na saúde na década de 90**. In: SS e Sociedade. São Paulo: Cortez, nº. 74, 2003.

NETTO, José Paulo. **Transformações societárias e Serviço Social: notas para uma análise prospectiva da profissão no Brasil**. In: SS & Sociedade. São Paulo: Cortez, nº.50, 1996.

POLANYI, M. **The Tacit dimension Gloucester, Ma:Doubleday**, 1983.

RODRIGUES, Maria Lucia. **O Serviço Social e a perspectiva interdisciplinar** in: Martinelli, M.L e outros (org). O Uno e o

múltiplo nas relações entre as áreas do saber. São Paulo: Cortez/Educ, 1998.

ROSA, L.C. S et al. **O Serviço Social e a Resolução 196/96 sobre ética em pesquisas envolvendo seres humanos**. Serviço Social & Sociedade. São Paulo, Cortez, ano XXVIII, nº.85 p.62-70, mar.2006.

SANTOMÉ, J.T. (1996). **Globalização e interdisciplinaridade: o currículo integrado**. Porto Alegre: Artes Médicas.

SILVA, F.S da. **O Recrudescimento da Violência nos Espaços Urbanos: desafios para o Serviço Social e para a Sociedade: ÉTICA Pública e Cultura de Direitos**, nº.89, ano XXVII, março/2007, p.130-151.

SIKORSKI, Daniela, **Trabalho profissional I: serviço social**. Daniela Sikorski, Sueli Godoi, - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009.

SOUZA E SOUSA, José Carlos, Neomar. **Resenha do livro: Psiquiatria social contemporânea: narrativa de uma trajetória clínica**. Luiz Ziegelmann, Editora Vozes, 2005. Disponível em [http://www.ipub.ufrj.br/documentos/jbp\(1\)2006\\_resenha.pdf](http://www.ipub.ufrj.br/documentos/jbp(1)2006_resenha.pdf) acesso em 15 de Abril de 2014.

## **A INFLUÊNCIA DA PERSPECTIVA DE LUHMANN PARA A TEORIA GERAL DO DIREITO**

**DANIELLA ALKMIM DE ARAÚJO:**  
Estudante de Direito na Universidade de Brasília .

### **INTRODUÇÃO**

Niklas Luhmann, alemão e sociólogo, obteve grande sucesso na sua obra. Por meio de experiências sociológicas com o sociólogo [Talcott Parsons](#) o qual fez a junção das teorias de Durkheim e Weber: fato social e ação social. Por meio disso, abordou o funcionalismo (as coisas existem para ter uma função) presente na teoria de Parsons a qual contribuiu para a descritiva teoria do Luhmann. Ele aborda, no livro Sociologia do Direito, questões como a complexidade e a contingência na sociedade, as expectativas cognitivas e normativas, institucionalização. Analisa a criação de sistemas para organizar a complexidade e contingência existente nas expectativas das pessoas em uma dada sociedade. Luhmann busca conceitos que possam ser elementares. A sociedade, por exemplo, seria formada pela comunicação. Ele designa o Direito como autopoiese, ou seja, se recria por si mesmo, mas não é independente do ambiente social. O Direito deve possuir um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto.

### **DESENVOLVIMENTO**

#### **1.Complexidade, contingência e a expectativa de expectativas**

Luhmann discorre sobre dois conceitos imprescindíveis para identificar mudanças na sociedade: a complexidade e a contingência. A complexidade evidencia-se na existência de inúmeras possibilidades para serem realizadas. A contingência estaria relacionada ao fato de que as escolhas feitas por dadas possibilidades podem não ser as esperadas. Ou seja, uma vez feita a escolha, deixa-se outras possibilidades que poderiam ser ou não as esperadas. Com este último conceito, torna-se

evidente a existência do desapontamento. Este é, também, outro conceito trabalhado por Luhmann, o qual está no fato de que diante das expectativas é possível se desapontar já que pode ser que a expectativa que um indivíduo espera de outro indivíduo pode ser diferente da expectativa que este outro indivíduo espera que esse indivíduo espera dele.

Buscando analisar a existência de diversas expectativas, o texto aborda o fato de que se deve reconhecer as ações do outro como as próprias ações de cada um. A mudança de expectativa pode ocorrer com qualquer pessoa. “Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência” (LUHMANN, 1983, p. 47).

Partindo da ideia do outro, é possível abordar o plano da dupla contingência. Esta se revela na expectativa de expectativas. Primeiramente, há uma satisfação ou desapontamento diante do comportamento da expectativa do outro. Depois, há uma análise sobre esse comportamento e seu significado. Interagir essas duas questões fornece o papel do direito, buscando criar um sistema capaz de direcionar as expectativas evitando, dessa maneira, maiores possibilidades de desapontamentos. “Segurança em termos de expectativas, à qual se segue, apenas secundariamente, a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio” (LUHMANN, 1983, p. 52)

A criação de sistemas e, por conseguinte, de regras visa reduzir o risco do erro de expectativas. As regras auxiliam no direcionamento, afastando-se da utilização das expectativas. A regularização de expectativas de expectativas deve, no entanto, estar presente nas diversas regras postas na sociedade por meio do direito. “Graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada” (LUHMANN, 1983, p. 53). Tem-se, também, a adaptação da regra com relação e um entendimento mútuo, já que não é possível que haja uma concordância de todos em uma dada norma.

## 2. Expectativas cognitivas e normativas

O fato do ser humano viver em um mundo complexo e contingente faz com que busque alternativas que possam reduzir a complexidade diante das várias possibilidades realizáveis. A estrutura seria o elemento, designado no texto: “definimos a estrutura através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que ela possibilita a dupla seletividade” (LUHMANN, 1983, p. 54). Ela seria capaz de selecionar as possibilidades de modo, muitas vezes, imperceptível. A comunicação exemplifica esse fato: quando as pessoas se comunicam, há uma seleção de uma dada comunicação. Uma pessoa se comunica a outra por meio de uma seleção de certa comunicação. No entanto, a outra não enxerga como uma seleção, mas sim como uma premissa da sua própria seleção. Isso é possível por meio de uma estrutura.

O papel da sociologia, para Luhmann, deve analisar e compreender de que forma as estruturas selecionam dadas possibilidades, como elas são construídas, mesmo que essas sejam aceitas veementemente em uma sociedade. Faz-se necessário lembrar que, por mais que haja um recorte das expectativas por meio da estrutura, ainda existe a chance de desapontamento. E é nesse ponto de desapontamento que se encontra a análise sociológica referente à expectativa. Sendo assim, as estruturas delimitam a seleção, mas enganam quanto à complexidade do mundo. “A racionalização de estruturas, portanto, envolve a dosagem da relação entre uma complexidade sustentável e carga suportável de desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 55).

A existência de desapontamentos leva às alternativas diante das expectativas normativas ou cognitivas. A designação dessas expectativas se faz presente nas soluções dos seres humanos mediante um fato. A expectativa cognitiva está relacionada às ciências. Um exemplo seria o fato de que, se um lápis for jogado no chão, ele cairá pela força da gravidade. No entanto, caso esse lápis não caia, deve-se averiguar o problema. Serão necessários novos estudos para compreender esse novo fato e a expectativa, portanto, precisará adaptar-se à realidade. No caso das expectativas normativas, não se adapta a realidade pelo fato de quem alguém não fez o esperado (e isso é previsto, uma vez que o

mundo é complexo e contingente). O caso de homicídio, por exemplo. A expectativa é a de que ninguém mate. No entanto, as pessoas que agem de forma diferente não fazem com que a expectativa mude. Por mais que há pessoas que cometem homicídio, a expectativa continua sendo a que não se deve matar.

Outro detalhe importante a ser ressaltado é o fato de que mesmo a expectativa normativa pode ser mudada. Inicialmente, isso não é previsto. No entanto, se a base social não corresponder mais com dada expectativa, é possível a sua mudança. Da mesma forma, quando ocorre um desapontamento à expectativa cognitiva, não há um abandono rápido da concepção. Existe uma busca por hipóteses e explicações que não são tão simples. Por isso que deve-se entender o funcionamento inicial o qual induziu às duas alternativas. “Dependendo da relevância da expectativa e das chances de realizá-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela” (LUHMANN, 1983, p. 57). Dessa maneira, é possível identificar necessidade de adaptação e constância de expectativas visando diminuir os desapontamentos. “A separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e direito não é uma estrutura do mundo dada a priori, mas uma aquisição da evolução” (LUHMANN, 1983, p. 58).

### **3. Processamento de apontamentos**

Analisar o desapontamento é tarefa fundamental para a criação de expectativas contrafáticas (normativas) e impor a eficácia de expectativas corretas (normas jurídicas). Por isso que o desapontamento não deve ser apenas evidenciado, mas também usado para meios de análise do sistema social. O indivíduo que desapontou as expectativas não tem somente a obrigação de se autorregular. Ele precisa compreender a irregularidade no sistema social. Este, por sua vez, deve compreender a expectativa inicial e identificar o que levou ao desapontamento desta expectativa. Esta não deve ser abandonada. Precisa-se estabelecer seu sentido no mundo.

Em busca de ajustar as expectativas normativas às várias possibilidades de fatos existentes no mundo, o direito possui sua

formação na criação de normas baseadas na comunicação possibilitando sua segurança. A transgressão de expectativas seria vista pelos juristas pela imputação da própria vítima. “A norma permanece norma, e a “causa do desapontamento reside no comportamento divergente” (LUHMANN, 1983, p. 69). Com base nisso, seria separado o acontecimento da expectativa, uma vez que esta seria assegurada o seu sentido e o acontecimento seria atribuído a intenção do indivíduo de como realizar sua expectativa.

Luhmann discorre também sobre o fato de que há, nos vários âmbitos da sociedade, tentativas de salvação de uma norma ameaçada por comportamentos inadequados. Pode ser que ocorra em um pequeno tempo, não se fazendo necessária sanção. Esta, por sua vez, se torna a saída mais prática quando há risco da vigência da norma. “A par das sanções, portanto, existem outras estratégias da estabilização contrafática que se equivalem em termos funcionais” (LUHMANN, 1983, p. 73).

Relembrando a questão da complexidade e contingência, existem na sociedade diversas maneiras de agir mediante desapontamentos. Com base na evolução, vão se formando novas normas necessárias para solucionar novas ações, novas expectativas. Esse processo evolutivo faz parte da estrutura designada a produzir normas relativamente resistentes a qual se transforma no direito. A formação do direito baseia na contribuição de normas que facilitem o convívio social. “Mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente, com relação ao qual o direito pode ser uma estrutura seletiva” (LUHMANN, 1983, p. 76).

#### **4. Institucionalização**

Buscando uma maior segurança na satisfação das expectativas normativas, a institucionalização destas expectativas poderia suceder de uma melhor forma. O novo modelo vai além da ideia dupla na qual há um indivíduo que espera e outro que age. Ele aborda um terceiro o qual também faria parte da simultaneidade das ações. “Ser um terceiro significa ser alguém que está ocupado com outras coisas, mas



possivelmente pode ser atraído para uma participação concreta em julgamentos, condenações, ações” (LUHMANN, 1983, p. 78).

O mecanismo utilizado pela instituição busca solucionar o problema que seria a capacidade limitada de atenção. A institucionalização facilita uma comunicação precisa evitando tal problema. Isso seria possível pela forma com que as instituições antecipam o consenso como um pressuposto. A mudança se torna benéfica porque evita o consenso genérico que poderá, frequentemente, ser refutado. Dessa maneira, tornaria quase impossível a estabilidade no tempo de expectativas sobre expectativas.

O aumento da complexidade da sociedade, no decorrer do tempo, torna-se necessária a busca por estabilidades acerca de soluções nos diversos fatos. O meio de institucionalizar propõe o anonimato permitindo, dessa maneira, a estabilidade. “É exatamente a indeterminação, o anonimato, a imprevisibilidade e a incógnita de terceiros relevantes que garante a confiabilidade e a homogeneidade das instituições” (LUHMANN, 1983, p. 84). As instituições estão formadas no ato de que quase todas as pessoas concordam com elas, sendo afastadas nesse plano as opiniões.

Uma análise baseada na sociologia do direito de Durkheim explica que o aumento de complexidade induz uma diminuição de expectativas comuns. Há aumento, no entanto, de expectativas diferenciadas. Luhmann explica a teoria dos sistemas por meio da evolução da sociedade onde se originou novos sistemas com seus próprios códigos adquirindo, nessa evolução, novas expectativas diversas. Para organizar tal inovação, fez-se necessário a implementação de anonimatos no papel institucional. No direito, enfatizam-se três aquisições as quais seriam a especificação do autocomprometimento no contrato, o destaque de “grupos de referência” específicos e a institucionalização da função institucionalizante através de papéis especiais. “O desdobramento mais amplo do direito no sentido de uma instituição do direito só é possível se a função institucionalizante de terceiros desembocar em papéis especiais que possam preencher essa condição: trata-se do papel do juiz” (LUHMANN, 1983, p. 90).

O direito na visão do Luhmann deve possuir um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto. O fato de estar fechado na sua forma operacional faz relação aos seus próprios códigos. Relaciona-se à característica de autopoiese. Já cognitivamente aberto seria porque há interação com o meio social. Isso remete ao fato de que não estaria direcionado apenas aos grupos de referência, ou seja, aos juristas.

### **5. Identificação de complexões de expectativas**

A busca por soluções que visam satisfazer expectativas de expectativas de comportamentos (existentes já que não se pode saber o que o outro está pensando) deve-se constituir visões do mundo prático prevendo de certa forma aquilo que é esperado. “Dessa forma, o sentido serve como síntese, intersubjetivamente acessível, de uma multiplicidade de experiências possíveis” (LUHMANN, 1983, p. 94).

Tomando-se como modelos algumas expectativas de comportamentos, deve-se analisar o sentido destes. “A cada plano do sentido dado à identificação generalizante decide-se o grau de concretividade de uma estrutura de expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 98).

Luhmann analisa também aqueles que esperaram das expectativas sempre algo concreto possuirão uma constância de desapontamentos. Além da compreensão das expectativas estarem em um nível alto de abstração, deve-se lembrar de que há expectativas irrealizáveis. E como aqueles esperam veementemente por suas expectativas, dificilmente poderá visualizá-las como inatingíveis frustrando-se ainda mais.

Outro ponto presente no texto está na identificação da pessoa por meio de relações sociais menos complexas (grupos íntimos, por exemplo). Essa designação pode ser compreendida quando se compara a sociedade complexa a qual necessita o abandono de identificação de pessoas e a aquisição de papéis que fariam o papel destas. Isso facilita uma vez que não leva em conta características pessoais, mas sim na institucionalização do papel que gera uma estabilidade por ser compartilhado por terceiros. Esse novo comportamento se sustenta na

indiferença, afastando-se da ideia de dependência comportamental das pessoas. Com isso, deixa evidente a necessidade do direito adquirir os meios como papéis e programas e de se distanciar de questões valorativas possuindo sua independência do sistema.

## **6. Direito como generalização congruente**

Três dimensões do direito são analisadas para compreender o funcionamento e ação do direito: A dimensão temporal, social e material. A dimensão temporal está a identificação do sentido. Nela, está presente a seleção dos programas, da sanção e de normas no tempo. Na dimensão social, as pessoas envolvidas supõem a validade de forma generalizada. Envolve o apoio do consenso a partir de terceiros. E na dimensão material, a presença seria da identificação do sentido de forma generalizada. Questões como cumprimento do contrato, não agressão, o que se trata no objetivo material estariam presentes nessa dimensão.

Luhmann aborda práticas da normatização e a institucionalização visando conceituar de forma mais ampla as três dimensões. Para ele, com relação a normatização presente na dimensão temporal: “a normatização dá continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que ela de tempos em tempos venha a ser frustrada” (LUHMANN, 1983, p. 110). Já com relação a institucionalização ocorrida na dimensão material, há a identificação do sentido: “Através da institucionalização o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual” (LUHMANN, 1983, p. 110). Com base nesses conceitos, pode-se identificar a existência de mais expectativas normativas que institucionalização. Isso porque há uma superprodução de normas precisando reavaliar situações em que há supostos ausentes.

Com base nas características presente no direito, busca-se um conceito que abrangeria melhor as funções do direito. É preciso identificar as funções da norma e da sanção nas dimensões gerando uma interdependência entre estas. Luhmann designa o direito primariamente como um alívio das expectativas. “O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente generalizados para as expectativas”

(LUHMANN, 1983, p. 115). O conceito, para ele, abrange quando se analisa a modificação de estruturas com a evolução. As dimensões vão enfatizando certos pontos como acontece na dimensão material: “Na dimensão prática, ao longo do desenvolvimento social ocorre uma maior separação entre pessoas, papéis, programas e valores enquanto princípios da identificação de complexões de expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 117).

A definição do direito está presente a relação sanção-processo-programas. Uma forma que fosse possível agrupar as características e as análises de expectativas que precisam ser asseguradas no sistema do direito seria a de que este possui elementos constantes e variáveis. Os constantes abrangeriam as generalizações congruentes estando presente em qualquer sociedade e as variáveis seriam não só as diversas designações dentro do direito, mas também as estruturas que levam a própria definição do direito.

## **7. Direito e força física**

A força física tem como finalidade processar o descumprimento ao direito. Sabe-se que “nem todas as possibilidades podem ser congruentemente generalizadas, ou seja, normatizadas, institucionalizadas e identificadas em um contexto fatural” (LUHMANN, 1983, p. 123). Com base nisso, torna-se preciso a legitimação da força física. Entretanto, faz-se necessário abordar o conceito de força física no direito relacionadas às visões errôneas desse termo que confundem a função deste: a utilização da força física no direito não condiz com o aspecto físico (danificação de corpos, por exemplo). Não faz referência também com a coerção física. “A força física é primordialmente um instrumento de apresentação e de certificação, e não de imposição de expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 125).

A teoria do Luhmann é influenciada pela teoria do funcionalismo onde as coisas existem para uma determinada função. Com isso, ele define o direito por meio da sua função a qual seria a generalização congruente, estabelecendo, dessa maneira, a explicação para a atuação da força física: quando o direito encontra seus mecanismos fragilizados.

“Aquele que teve sua expectativa frustrada assegura a si mesmo a perseverança em sua expectativa, assegura a própria coesão da linhagem, e, além disso, assegura à sociedade que o direito ainda vige” (LUHMANN, 1983, p. 125). Seria a maneira (força física) pela qual se defende a vigência do direito.

A força física está intrínseca ao direito. Com isso, não há direito se não existir esse meio. O seu uso promove os mecanismos formadores do direito. Por meio da força física, é capaz de assegurar a ordem. Como também é capaz de derrubá-la. Isso porque ela é independente das formas diferenciadas como as normas.

Sociedades arcaicas utilizavam formas de força física para que fosse possível assegurar o direito. Com as transposições recentes do direito, nas suas variáveis, a força física surgiu com um novo sentido e função para as relações do juramento presentes nas sociedades arcaicas. Essa mudança de função pode ser explicada por um dos motivos o qual seria a mudança de uso da força legítima para o Estado.

A composição do ordenamento jurídico é outro fator que se espera que seja assegurável já que possuem as expectativas normativas que se esperam que sejam seguidas. Para que se possa ter segurança nessa estrutura deve-se haver a força física. “A congruência dos mecanismos do direito fundamenta-se na expectativa de que os outros esperam que o direito esteja coberto pela força física” (LUHMANN, 1983, p. 131).

## **8. Estrutura e comportamento divergente**

Luhmann aborda sobre as estruturas as quais são possíveis de desapontamentos originando, assim, frustrações. A realidade dessa concepção abrange o comportamento divergente. Este surge porque as estruturas existentes no direito direcionam as escolhas às expectativas esperadas. No entanto, pode-se orientar de forma distinta selecionando ações que transgridam o intuito das estruturas. Essas seriam as possíveis surpresas que poderiam surgir no decorrer do tempo. E, para isso, é necessário que o direito tenha uma estrutura capaz de agir diante desses acontecimentos. Por isso que “nas expectativas sensorialmente

estruturalizantes, portanto, o futuro e o passado se apresentam de modo diferente” (LUHMANN, 1983, p. 133).

Analisando a dimensão temporal, tem-se que quanto mais complexidade e contingência são absorvidas nas sociedades, maiores serão as possibilidades para se realizar. Em decorrência disso, as frustrações surgem em detrimento de escolha de expectativas as quais não sejam as esperadas.

A análise histórica facilita identificar a evolução dos sistemas sociais. Luhmann apresenta as explicações baseadas na concepção do pecado original, tragédias gregas que são exemplos de como haveria o sentimento de culpa nos indivíduos de uma sociedade. As análises apresentam uma concepção do que seria o bom e o que seria o mau, sendo este atribuído à frustração.

Atualmente, possibilitado por contribuições sociológicas do comportamento divergente, a designação à transgressão se afastou do julgamento moral. Isso foi possibilitado por diferentes abordagens teóricas, entre elas, a teoria dos sistemas. Por meio dessa investigação tornou-se possível identificar contradições estruturais em sistemas sociais. “Uma importante característica, comum a todas as interpretações do comportamento divergente, consiste em ver não só o comportamento conforme, mas também o divergente, como parte integrante do sistema social estruturado” (LUHMANN, 1983, p. 140). Isso se relaciona ao fato de que o direito não poderia ser delimitado como lícito ou ilícito, uma vez que o ilícito deve estar contido no sistema. Sua delimitação deve estar no direito ou não direito.

A fundamentação das teorias elementares presente na busca do Luhmann servem como fundamentação das questões de formação do direito. A base de toda a repercussão, seja na institucionalização ou na normatização, por exemplo, está presente na sociedade. “Somente na própria sociedade é que a diferenciação do direito como uma estrutura específica de expectativas ocorre com uma envergadura significativa” (LUHMANN, 1983, p. 147).

## **CONCLUSÃO**

No texto, Luhmann apresenta questões que envolvem a abstração como meio de compreender a sociedade e o regimento do direito nesta. Questões de complexidade e contingência estão presentes de maneiras óbvias que passam despercebidas pelos indivíduos de uma sociedade. Outro aspecto ainda mais considerado óbvio seria a expectativa de expectativas. Dificulta enxergar esses aspectos por serem abstratos e por isso dificilmente é analisável.

Por mais que sejam considerados aspectos inquestionáveis por muitos, quando se analisa essas formas de interação social, surge as indagações acerca de por que haveria de se seguir as expectativas, por exemplo. Chega-se então a função das normas: quais seriam os sentidos destas para que existissem? A compreensão vai sendo alcançada por meio do convívio social em que todos vivem nas expectativas de expectativas porque não se consegue saber o que o outro está pensando e dessa forma a única saída seria a comunicação a qual ainda assim não produz uma certeza. No entanto, conforta a sensação de expectativa. Por meio dela, se baseia o direito com as normas visando assegurar as frustrações possíveis das decorrentes falhas de expectativas.

O direito se baseia nas normas, mas não somente nelas. Há diversos mecanismos que visam assegurar a segurança das expectativas comportamentais amplamente aceitas. A sua formação vai se caracterizando pela sua própria função. A abordagem de Luhmann acerca do funcionalismo caracteriza essa visão que torna muito mais prática o entendimento do papel do direito.

A construção de sistemas é outro fator que explica de forma excepcional a evolução da sociedade, apresentado os vários sistemas existentes os quais possuem os próprios códigos (funcionalmente diferenciados) e comunicação externa com os outros sistemas possibilitando, assim, a interação social e as mudanças advindas da base social.

Luhmann apresenta as três dimensões explicitando o interativo funcionamento do direito e a sua reprodução independente de outros

sistemas, apresentando de forma inigualável a estrutura independente do direito e o seu comprometimento com as questões externas a ele.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, (Capítulo II).



## DA EDIFICAÇÃO DO VOCÁBULO "DIGNIDADE SEXUAL" NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ALARGAMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

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

**Resumo:** O constante e atuante aspecto de mutabilidade que permeia a Ciência Jurídica trouxe a lume uma importante modificação no ordenamento pátrio, introduzido por meio da Lei Nº. 12.015/2009, que trouxe maciças alterações ao Título IV do Código Penal, que, outrora, dispunha a respeito “Dos crimes contra os costumes”, passando a versar sobre os crimes contra a dignidade sexual. Além do mais, verifica-se que a revogada epígrafe, entalhada no Título VI da Lei Substantiva Penal, não mais encontra identificação com os aspectos estruturantes da sociedade contemporânea. Neste aspecto, o reconhecimento da dignidade sexual como flâmula orientadora contemporânea da legislação penal encontra guarida e identificação no superprincípio da dignidade da pessoa humana. Denota-se que o conceito em debate encontra-se fortemente vinculado a um sucedâneo de direitos fundamentais, inerentes ao indivíduo, a exemplo de liberdade, de intimidade e de honra. Ora, a dignidade sexual passa a ser uma manifestação explícita do modelo republicano, no qual se entende que cada indivíduo é detentor de uma plêiade de direitos, os quais vão incidir nas mais distintas esferas. Dignidade sexual extrapola a barreira essencialmente do Direito Penal, passando a ser integrante da extensa rubrica dos direitos fundamentais,

sobretudo quando substancializa observância aos direitos sexuais e, por via de consequência, ao superprincípio da dignidade da pessoa humana como corolário mais robusto.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Dignidade Sexual. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos; 5 Da edificação do vocábulo “Dignidade Sexual” no Estado Democrático de Direito: O alargamento da fundamentalidade dos direitos à luz da Dignidade da Pessoa Humana

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a

evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em

relação ao Estado. “O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam

*possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].*

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. *“Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10]*, tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o

juízo pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes,

possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial



no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de

inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos**

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que *“a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser*

*humano*”[36]. No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento cristão, em altos alaridos, propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus.

Salta aos olhos, oportunamente, que afrontar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como escora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder. Impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus”[37], ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade.

Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de Immanuel Kant. Immanuel Kant, por sua vez, “talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo”[38]. Não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar

objetivos. Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “*O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas*”<sup>[39]</sup>. É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem

que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Evidenciar faz-se necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos”<sup>[40]</sup>.

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que *“se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”*<sup>[41]</sup>, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em

idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ora, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha.

Ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento. Neste aspecto, Rocha<sup>[42]</sup>, ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Obviamente, em um país delineado fortemente por aspectos de violência doméstica, coisificação da mulher e inferioridade dessa em relação ao homem, faz-se premente a confluência de esforços para substancialização de uma plêiade de direitos inerentes à mulher, com o fito maior de assegurar, de fato, a concreção da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a liberdade e a isonomia.

### **5 Da edificação do vocábulo “Dignidade Sexual” no Estado Democrático de Direito: O alargamento da fundamentalidade dos direitos à luz da Dignidade da Pessoa Humana**

O constante e atuante aspecto de mutabilidade que permeia a Ciência Jurídica trouxe a lume uma importante modificação no ordenamento pátrio, introduzido por meio da Lei Nº. 12.015, de 07 de Agosto de 2009, que trouxe maciças alterações ao Título IV do Código Penal, que, outrora, dispunha a respeito “Dos crimes contra os

costumes”, passando a versar sobre os crimes contra a dignidade sexual. Além do mais, verifica-se que a revogada epígrafe, entalhada no Título VI da Lei Substantiva Penal, não mais encontra identificação com os aspectos estruturantes da sociedade contemporânea. Neste diapasão, há que colacionar a construção apresentada por Nucci, em especial, quando salienta que *“o que o legislador deve policiar a luz da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento”* [43].

Ao lado disso, há que se destacar que a expressão ora aludida passa a ter identificação direta com o ideário de liberdade e desenvolvimento sexual da pessoa humana, bem como os feixes do superprincípio da dignidade da pessoa humana, emanados pela Constituição Federal de 1988. Trata-se, com efeito, de um alargamento robusto propiciado pelo superprincípio em comento, sobretudo quando se volta para à conotação substancial e expansiva do direito de liberdade sexual, enquanto direito de primeira dimensão e que compreende, a partir de uma interpretação extensiva e contemporânea, sobretudo em decorrência do proeminente papel desempenhado pela mulher, tal como a isonomia material. Ora, insta frisar, por oportuno, que passa a afigurar como bem juridicamente tutelado, a partir da alteração do Estatuto Repressor Penal, a dignidade sexual, adentrando, por consequência, em um campo, cujo sedimento de edificação fora ofertado pelo texto constitucional.

Assim, tem-se em conta que o vocábulo *dignidade* [44] está atrelado ao sentido de respeito e observância aos atributos associados à intimidade, à honra, à liberdade sobre o corpo e aos direitos sexuais; o termo *sexual*, por sua vez, rememora ao sentido de satisfação da sensualidade, ao tempo em que caminha pelo campo da lascívia humana. Deste modo, em razão da valoração do ser humano e de seus múltiplos aspectos, nada figura como mais natural que o ordenamento jurídico pátrio trazer, em suas linhas, ponderações que viabilizam que os desejos e inclinações sexuais do ser humano, ofertando, por conseguinte disposições que versem sobre o tema, disciplinando-os. Quadra pôr em

relevo que tais atos sejam realizados de modo digno e pautados no respeito, valorando o critério de escolha do indivíduo, ao tempo em que se veda qualquer espécie de imposição, violência ou emprego de ameaça. Trata-se de estruturar a dignidade sexual como pedra de toque para orientação da incidência da legislação vigente, promovendo verdadeiro deslocamento ético-jurídico-filosófico que ultrapassa o costume como algo ínsito à sociedade, erigindo, em seu lugar, a dignidade como atributo inerente à constituição de todo o indivíduo, inclusive no que se relaciona às práticas sexuais.

Assim, quando da elaboração do Código Penal Brasileiro, no início da década de 1940, o legislador objetivou salvaguardar o mínimo ético que se estruturava a experiência social em torno dos atos sexuais. Assim, durante o período em comento, o fito maior, ao abordar os crimes contra os costumes, era a proteção da moral pública sexual. À guisa de exemplificação, com o intento de fortalecer o esposado até o momento, basta uma superficial análise da “Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal”, que traz à tona, ao versar a respeito das condutas atentatórias aos costumes, o legislador, afirmando que tais atos compunham a extensa rubrica “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”. Damásio de Jesus, ao dispor a respeito da antiga epígrafe “Dos crimes contra os costumes”, reflete, em sua obra, o pensamento ultrapassado que orientava a interpretação das condutas exauridas nessa parte do Estatuto Repressor Criminal Brasileiro, como se denota:

Evidentemente, o intérprete e o aplicador da lei devem valer-se mais do que nunca, da observação dos costumes, vigentes na sociedade onde vivem. Com a crescente liberdade sexual hoje predominante as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo. O sexo é amplamente discutido e revelado, às vezes cruamente, pelos meios de comunicação. As gerações mais novas conhecem cedo o mundo do sexo e o encaram com naturalidade. Ao analisarmos os crimes previstos neste Título devemos levar em



consideração que se tratam de crimes contra os costumes. Estes, refletindo práticas constantes em determinada sociedade em épocas certas, são variáveis e influem na própria caracterização dos delitos em estudo[45].

Ademais, com a novel interpretação inaugurada pela Lei Nº. 12.015/2009, observa-se, de plano, o repúdio ao antigo conceito genérico do que viria a ser costume, não mais se atrelando, muitas vezes de maneira arbitrária, a um determinado conjunto de valores morais particulares. No mais, há que se destacar, conforme firma entendimento Nucci[46], que a sociedade contemporânea evoluiu de tal modo que se infere uma maciça liberação dos valores agasalhados pela expressão *costumes*. Fato é que essa valoração de costumes não condiz com os ideários estruturantes de um Estado Democrático de Direito, porquanto coloque ao bel prazer do aplicador da norma o caráter de censurabilidade da norma, desvirtuando sua aplicação genérica ao caso concreto. Ora, denota-se, em um cenário republicano, no qual a dignidade da pessoa humana se apresenta como axioma mais robusto, que a essência encerrada na locução *dignidade sexual* traz à baila uma concepção ético-jurídico-filosófica mais complexa e contemporânea com o cenário em que se debate a temática, resgatado a premissa singular da liberdade, enquanto direito ínsito ao ser humano, em suas múltiplas e plurais interpretações. Igualmente, permite-se a construção de um conceito que substancializa o histórico de lutas pelo reconhecimento dos direitos sexuais, notadamente no que concerne à liberdade sobre o corpo e a superação do paradigma *costume* como filtro de análise de tais condutas.

#### REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves

Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. v. 3. 14 ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_ Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 23 mar. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

**NOTAS:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 23 mar. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] [CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.](#)

[10] [MORAES, 2011, p. 06.](#)

[11] [COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.](#)

[12] [SÃO PAULO. Universidade de São Paulo \(USP\). Magna Carta \(1.215\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.](#)

[13] [SÃO PAULO. Universidade de São Paulo \(USP\). Magna Carta \(1.215\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.](#)

[14] [Ibid. “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.](#)

[15] [Ibid. “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.](#)

[16] [Ibid. “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.](#)

[17] [FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. \*\*Direitos Humanos Fundamentais\*\*. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.](#)

[18] [SÃO PAULO. \*\*Universidade de São Paulo \(USP\)\*\*. Petição de Direito \(1.628\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou \*benevolence\* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.](#)

[19] [COMPARATO, 2003, p. 89-90.](#)

[20] [MORAES, 2011, p. 08-09.](#)

[21] [SÃO PAULO. \*\*Universidade de São Paulo \(USP\)\*\*. Declaração do Bom Povo da Virgínia \(1.776\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.](#)

[22] [Ibid.](#) “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] [COMPARATO, 2003, p. 49.](#)

[24] [SÃO PAULO. \*\*Universidade de São Paulo \(USP\)\*\*. Declaração do Bom Povo da Virgínia \(1.776\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.](#)

[25] [SILVA, 2004, p.155.](#)

[26] [SILVA, 2004, p.155.](#)

[27] [MORAES, 2003, p. 28.](#)

[28] [COTRIM, Gilberto. \*\*História Global – Brasil e Geral\*\*. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.](#)

[29] [SILVA, 2004, p. 157.](#)

[30] [SÃO PAULO. Universidade de São Paulo \(USP\). Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão \(1.789\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.](#)

[31] [SÃO PAULO. Universidade de São Paulo \(USP\). Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão \(1.789\). Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.](#)

[32] [Ibid. “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.](#)

[33] [Ibid. “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.](#)

[34] [Ibid. “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.](#)

[35] [BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.](#)

[36] [BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016, p. 231.](#)

[37] [SCHIAVI, Mauro. Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 23 mar. 2016, p. 04.](#)

[38] [BERNARDO, 2006, p. 234](#)

[39] [HABERMAS, Jürgen. Sobre a Constituição da Europa. São Paulo: UNESP, 2012, p. 09.](#)

[40] [BERNARDO, 2006, p. 236](#)

[41] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 76.

[42] ROCHA, 1995, p. 131

[43] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 900.

[44] NUCCI, 2010, p. 901.

[45] JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. v. 3. 14 ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p.91.

[46] NUCCI, 2010, p. 900.



## **A FAVOR DA VIDA**

**JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF:**  
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juizes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Sou a favor da Vida. Contra a pena de morte e a guerra. A favor de políticas públicas que favoreçam o parto feliz e a maternidade protegida. Contra a falta de saneamento nos bairros pobres, causa de doenças e endemias que produzem a morte. Discordo da percepção limitada, embora possa ser honesta e sincera, dos que reduzem a defesa da vida à proibição do aborto quando, na verdade, a questão é muito mais ampla. Abomino a hipocrisia dos que sabem que a defesa da vida exige reformas estruturais, mas resumem o tema a um artigo de lei porque as reformas mexem com interesses estabelecidos e ofendem o deus dinheiro. Sou contra o pensamento dos que não admitem o aborto nem quando é praticado por médico para salvar a vida da mãe, mas aceitariam essa opção dolorosa se a parturiente fosse uma filha. Sou contra a opinião que obscurece as medidas sociais, pedagógicas, psicológicas, médicas que devem proteger o direito de nascer. Reprovo a opinião dos que lançam anátema contra a

mulher estuprada que, no desespero, recorre ao aborto quando, na verdade, essa mulher deveria ser socorrida na sua dor. Se não tiver o heroísmo de dar à luz a criança gerada pela violência, seja compreendida e perdoada.

Hoje eu debato esta questão doutrinariamente mas, quando fui Juiz, eu me defrontei com o aborto em concreto. Lembro-me do caso de uma mocinha. Quase à morte foi levada para um hospital que a socorreu e comunicou depois o fato à Justiça. O Promotor, no cumprimento do seu dever, formulou denúncia que recebi. Designei interrogatório. Então, pela primeira vez, eu me defrontei com o rosto sofrido da mocinha. Aquele rosto me enterneceu mas não havia ainda nos autos elementos para uma decisão. Designei audiência e as testemunhas me informaram que a acusada tinha o costume de toda noite embalar um berço vazio como se no berço houvesse uma criança. No mesmo instante percebi o que estava ocorrendo. Nem sumário de defesa seria necessário. Disse a ela, chamando-a pelo nome:

“Madalena (nome fictício), você é muito jovem. Sua vida não acabou. Essa criança, que estava no seu ventre, não existe mais. Você pode conceber outra criança que alegre sua vida. Eu vou absolvê-la mas você vai prometer não mais embalar um berço vazio como se no berço estivesse a criança que permanece no seu coração. Eu nunca tive um caso igual o seu. Esse gesto de embalar o berço mostra que você tem uma alma linda, generosa, santa. Você está livre, vá em paz. Que Deus a abençoe.”

A decisão nestes termos, em nível de diálogo, foi dada naquele momento. Depois redigi a sentença no estilo jurídico, que exige técnica e argumentação.

## **A Proteção Constitucional das Minorias à luz do posicionamento contramajoritário do STF: Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**

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

**Resumo:** Ao se analisar o direito em comento, cuida reconhecer que toda pessoas tem o direito de constituir uma família, independente de sua condição sexual ou identidade de gênero. Igualmente, as famílias existem em diversas formas, não se admitindo que uma célula familiar seja sujeitada à discriminação com base na condição sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Ora, denota-se que o direito em análise deflui, obviamente, do primado republicano e democrático que abaliza o Estado Democrático de Direito e do superprincípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo como pilar conformador da interpretação do ordenamento jurídico nacional e assegurando, via de consequência, a realização do ser humano. Ora, ao reconhecer o direito em comento, está-se, de igual modo, admitindo a densidade jurídica assumida pelos corolários da busca da felicidade e da afetividade como pilares sustentadores daquele, tal como núcleo denso em que se prima pela realização do ser humano, sobretudo no que materializa a liberdade, na condição de direito fundamental, complexo e que se desdobra em plural incidência. Infere-se que o afeto se apresenta como a verdadeira

moldura que enquadra os laços familiares e as relações interpessoais, impulsionadas por sentimentos e por amor, com o intento de substancializar a felicidade, postulado albergado pelo superprincípio da pessoa humana.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Proteção das Minorias. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos; 6 A Proteção Constitucional das Minorias à luz do posicionamento contramajoritário do STF: Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis,

sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (*“Olho por olho, dente por dente”*), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível

mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes<sup>[5]</sup>. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz<sup>[6]</sup>.

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*<sup>[7]</sup>, consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos

escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado *Direito Natural*, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].



Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o

poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à

nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais

garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O

Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das

condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado<sup>[40]</sup>, elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais<sup>[41]</sup>.

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

#### **4 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos**

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que *“a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano”* [44]. No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento cristão, em altos alaridos,

propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus.

Salta aos olhos, oportunamente, que afrontar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como espora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder. Impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus”<sup>[45]</sup>, ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade.

Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de Immanuel Kant. Immanuel Kant, por sua vez, “talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo”<sup>[46]</sup>. Não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar objetivos. Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados,



passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “*O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas*”<sup>[47]</sup>. É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, ainda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Evidenciar faz-se necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “*sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos*”<sup>[48]</sup>.

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “*se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa*”<sup>[49]</sup>, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete

deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ora, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha.

Ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento. Neste aspecto, Rocha<sup>[50]</sup>, ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto.

#### **6 A Proteção Constitucional das Minorias à luz do posicionamento contramajoritário do STF: Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**

O ardoroso caminho de reconhecimento da afirmação e robustecimento dos direitos fundamentais, bem como a proeminência assumida pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito colocam sobre os ombros do Supremo Tribunal Federal a função de assegurador da proteção das minorias, como também viabilizando a concreção da extensa, porém imprescindível, relação daqueles direitos. Assim, na realidade, ao considerar a proteção das minorias, o debate constitucional suscitado nesta causa faz menção ao relevantíssimo papel desempenhado pela Suprema Corte ao exercer o plano de jurisdição das liberdades, na condição de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia

do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Assim, esse particular aspecto da questão coloca em destaque a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas, por exemplo, que mantêm as relações homoafetivas representam a parcela minoritária da população. Ora, o Poder Legislativo, comumente influenciado por valores e sentimentos prevalentes na sociedade brasileira, tem se mostrado intenso, no que concerne à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento constitucional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Cuida sublinhar que tal situação culmina por gerar um quadro de inaceitável submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, porquanto o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

No mais, é ofuscante que o princípio majoritário desempenha proeminente papel no processo decisório que se desenvolve nos âmbitos das instâncias governamentais, entretantes não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da isonomia e da liberdade, direitos inerentes ao indivíduo, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição de 1988. Diante do painel apresentado até o momento, o Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, comumente, decisões de caráter flagrantemente contramajoritário, em sólida demonstração de que os julgamentos da Suprema Corte, quando assim proferidos, objetivam preservar, em atuação fiel dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários colocados em situação de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, são reduzidos a objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Com efeito, o tema que abarca a preservação e o reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de temática impregnada do mais substancial relevo, a agenda da Suprema Corte, incumbida, em razão de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição de 1988 e de zelar pelo respeito aos direitos, incluindo-se aqueles referentes aos grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional e no superprincípio da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, a imprescindibilidade de assegurar-se, no sistema jurídico vigente, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento robusto da plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, tendo reclamado tutela efetiva, por parte da Suprema Corte, quando grupos majoritários, exemplificativamente, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional.

Para que o regime democrático não seja reduzido a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, faz-se imperioso assegurar, às minorias, em especial em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhe permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pelo Texto de 1988. Destarte, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática, que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, maiormente no plano da jurisdição, aos direitos, às liberdades e às garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que aludidas prerrogativas essenciais não sofram uma conversão em fórmula destituída de significação, o que subtrairia o imprescindível coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_ Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <[www.lacier.com.br](http://www.lacier.com.br)>. Acesso em 24 mar. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

#### **NOTAS:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da**



**Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 24 mar. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Que

todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] SILVA, 2004, p.155.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão

aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2016, p. 231.

[45] SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 24 mar. 2016, p. 04.

[46] BERNARDO, 2006, p. 234

[47] HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012, p. 09.

[48] BERNARDO, 2006, p. 236

[49] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 76.

[50] ROCHA, 1995, p. 131

## OS DISCOS DE ESTADO SÓLIDO E A FORENSE COMPUTACIONAL

**JOÃO VITOR ASSIS RIBEIRO:** Bacharel em Ciência da computação pela UnB.

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo abordar a problemática da recuperação de dados e a forense computacional nos discos de estado sólido - *solid state disk*. Os SSDs possuem mecanismos que podem prejudicar ou até inviabilizar a recuperação de dados e a análise forense nessas mídias. Tais mecanismos podem atuar de maneira automática, independente do usuário, ou podem ser aliados a práticas anti-forenses para potencializar seus efeitos. No âmbito jurídico, têm-se a potencial perda de informação que poderia configurar evidências da prática de crimes.

**Palavras-chave:** forense computacional, discos de estado sólido, prova.

---

### Introdução

A tecnologia, de modo geral, está cada vez mais presente nas interações sociais, bem como na esfera criminal, onde sistemas computacionais são utilizados para cometer ou mediar crimes. Nos últimos tempos, tem-se verificado um crescimento no uso dos discos de estado sólido (SSD) - *solid state disk* - nos sistemas computacionais, em detrimento dos discos rígidos - *hard disk drive* - convencionais. Ambos os tipos de mídia constituem o que é denominado por armazenamento secundário.

Os SSDs apresentam, no entanto, diversos desafios à forense computacional, no que se refere à recuperação de dados excluídos e à forense digital, quando comparados com os discos rígidos: mecanismos internos que podem dificultar ou até inibir a recuperação de dados excluídos nessas mídias, podendo levar à perda, intencional ou não, de informações que poderiam, num âmbito judicial, constituir potenciais evidências. São dois os principais mecanismos de um SSD que podem levar a essa perda: processo de coleta de lixo e o comando TRIM.

## 1 Discos de Estado Sólido

Dados em um meio digital são armazenados de maneira discreta e persistente por longos períodos de tempo em dispositivos de armazenamento secundário, tais como discos rígidos, *pen drives*, CDs, DVDs, etc.

Entre eles, há os SSDs, que são comumente construídos utilizando arranjos de memória *Flash*, conectados por um barramento serial a uma controladora (Chen et. al, 2009). A controladora desempenha um papel fundamental em um disco de estado sólido, pois é responsável pela execução e controle de rotinas e gerenciamento de mecanismos internos do disco.

É possível pensar a arquitetura de um SSD em três abstrações: HIL – *Host Interface Layer*, FTL – *Flash Translation Layer* e FIL – *Flash Interface Layer*. Na HIL, comandos de E/S fornecidos pelo Sistema de Arquivos e/ou pelo Sistema Operacional são recebidos e atendidos: é a camada de interface com o sistema computacional; Na FTL, ocorre a gerência de mecanismos de otimização do desempenho do disco e também ocorre a emulação de um disco rígido em termos lógicos; por fim, a camada FIL é constituída pela interface com a memória física (blocos físicos) (Chen et. al, 2009).

Não serão abordados detalhes técnicos dos SSDs e suas arquiteturas, sendo relevante ressaltar algumas características e nuances desse tipo de mídia. Os discos de estado sólido possuem em geral, desempenho consideravelmente superior que os discos rígidos. Além disso, possuem menor consumo de energia, maior resistência e durabilidade. No entanto, ainda são superados (de modo geral) pelos HDDs quanto à capacidade de armazenamento.

O fator de maior relevância é que diferentemente dos discos rígidos, nos discos de estado sólido, para a realização de operações de escrita em blocos (ou células) em uso, é necessário o apagamento prévio de blocos (ou células) (Bell & Boddington, 2010). Esse processo é conhecido como ciclo *erase before write*, custoso, e que constitui um dos grandes limitadores do desempenho desse tipo de mídia. Isso se deve pelo fato de que a memória utilizada nos SSDs só pode ser escrita um número limitado de vezes. Essa limitação serviu como motivação para a

concepção de dois mecanismos que atuam de maneira conjunta para aumentar o tempo de vida e desempenho do dispositivo: a coleta de lixo e o comando TRIM mencionados.

## 2 Coleta de lixo

A coleta de lixo em um SSD pode ser entendida por meio de etapas. Primeiro a controladora identifica os blocos contendo páginas não utilizadas ou que contenham dados desatualizados, antes de realizar uma operação de escrita (ou prevendo uma). As páginas inválidas são copiadas para um bloco vazio e o bloco original é apagado, estando este pronto para escrita novamente.

Podem ser definidos conceitualmente, dois tipos de coleta de lixo, a *background garbage collection* e a *filesystem-aware garbage collection*. A primeira é o caso mais geral, onde por meio da HIL foi recebida uma requisição de escrita a um bloco em uso. Já a segunda se refere a uma situação na qual a controladora "tem algum conhecimento" a respeito do Sistema de Arquivos e utiliza informações "fornecidas" por este bem como informações globais a respeito dos arquivos para realizar o procedimento mencionado no parágrafo anterior. A coleta de lixo, tratando-se de um processo interno do SSD, é independente do sistema computacional subjacente, ou seja, não depende logicamente do computador para ser realizada.

## 2 Comando TRIM

O comando TRIM (em inglês aparar) é um comando a nível de Sistema Operacional que sinaliza à controladora que existem blocos suscetíveis à coleta de lixo. O efeito prático é uma antecipação desse processo. Cada SSD implementa de uma maneira diferente o comando TRIM, (Gubanov & Afonin, 2016), pois não há um padrão, ficando a critério do fabricante a implementação do comando.

O Sistema Operacional deve oferecer suporte ao comando para que ele possa ser utilizado. Por ser um comando a nível de SO e pelo fato de cada SSD o implementar de maneira diferente, o comportamento do comando TRIM varia dependendo de cada par SO, Sistema de Arquivos, para um mesmo SSD. Não só isso, é possível que o TRIM seja enviado de maneira automática ou agendada, ou manualmente, pelo usuário.



### 3 Recuperação de dados e Forense Computacional

Com base em trabalhos anteriores, como os de Antonellis (Antonellis, 2008), Bell e Boddington (Bell & Boddington, 2010), Gebremaryam (Gebremaryam, 2011), King e Vidas (King & Vidas, 2011), Nisbet e Lawrence (Nisbet & Lawrence, 2013), entre outros, e especialmente em um estudo de caso por Ribeiro (Ribeiro, 2016), é possível reconhecer o potencial danoso que o uso dos SSDs pode representar para a recuperação de dados e para a forense digital para certas configurações de sistemas computacionais que utilizam SSDs. No estudo de caso realizado por Ribeiro, verificaram-se expressivos resultados negativos para a recuperação de arquivos excluídos, em especial no sistema operacional *Linux* e na presença do comando TRIM. Também foi possível verificar a atuação agressiva do comando TRIM no sistema operacional *Windows*.

#### Conclusão

O futuro da forense digital de discos de estado sólido ainda é incerto, porém pessimista (Ribeiro, 2016). As técnicas atuais, aplicadas comumente aos discos rígidos, se mostram incapazes de acompanhar a nova realidade dos dispositivos de armazenamento secundário.

O usuário do sistema computacional desempenha um papel central nessa problemática pois, se este detém conhecimentos mínimos de informática, pode aliar técnicas de anti-forense às funcionalidades e aos mecanismos do SSD para tornar a exclusão de arquivos (e a potencial destruição de provas) um processo trivial e efetivo. Ademais, em algumas situações, conforme dito, apenas o fato de se utilizar um SSD para armazenamento secundário pode levar a perda de dados sensíveis excluídos, dado que o processo de coleta de lixo (e o TRIM, a depender do sistema operacional) ocorre muitas vezes de maneira automática nos SSDs, e frequentemente sem o conhecimento do usuário.

A prática de crimes informáticos, que utilizam os SSDs como meio ou como fim para sua realização, inegavelmente é beneficiada com a presença dos mecanismos internos do SSD, concebidos para aumentar o tempo de vida e uso do dispositivo.

Embora já existam métodos consolidados de remoção segura e de anti-forense, o uso por si só de um SSD já pode ser considerado, até certo ponto, como uma medida antecipada de anti-forense.

## Referências

C. J. Antonellis. **Solid State Disks and Computer Forensics**, 2008 ISSA Journal, pgs 36-38. Artigo em formato eletrônico. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.173.7020&rep=rep1&type=pdf> Última visualização em 04.04.2017.

G.B. Bell e R. Boddington. **Solid state drives: The beginning of the end for current practice in digital forensic recovery?**, Journal of Digital Forensics, Security and Law, 5(3):1–20. Australia, 2010.

D. A. Koufaty C. Feng e X. Zhang. **Understanding intrinsic characteristics and system implications of flash memory based solid state drives**, 2009. In ACM SIGMETRICS Performance Evaluation Review, volume 37, pages 181–192. ACM.

F. Y. Gebremariam. **Solid State Drive (SSD) Digital Forensics Construction**, 2011 Master of Science in Computing System Engineering, Politecnico di Milano. Documento em formato eletrônico. Disponível em: <https://www.politesi.polimi.it/bitstream/10589/37402/3/SSD%20Digital%20forensics%20Construction.pdf>

Y. Gubanov e O. Afonin. **Recovering Evidence from SSD Drives in 2014: Understanding TRIM, Garbage Collection and Exclusions**, 2014 Sítio eletrônico.

C. King e T. Vidas. **Empirical analysis of solid state disk data retention when used with contemporary operating systems**, 2011 Digital Investigation Journal. Artigo em formato eletrônico. Disponível em: <https://www.dfrws.org/sites/default/files/session-files/paper-empirical-analysis-of-solid-state-disk-data-retention-when-used-with-contemporary-operating-systems.pdf>

A. Nisbet e S. Lawrence. **A forensic analysis and comparison of solid state drive data retention with trim enabled file systems**, In

Proceedings of the 11th Australian Digital Forensics Conference. SRI Security Research Institute, Edith Cowan University, Perth, Western Australia, 2013.

RIBEIRO, João Vitor A. **Forense computacional em discos de estado sólido: desafios e perspectivas**. 2016. xii, 73 f., il. . Monografia (Bacharelado em Ciência da Computação)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

## **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

**DINAMARES FONTES DE SANTANA:**  
Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - AGES. Auxiliar de departamento pessoal.

**RESUMO:** O tema deste artigo foi desenvolvido, com intuito de analisado os direitos que as mulheres conquistaram ao longo dos anos danos que a violência causa a mulher, como objetivo geral, poderemos conhecer os danos, físico, psicológicos, moral e sexual, causados a vitima, bem como, discutir sobre a lei Maria da Penha, que visa proteger a mulher desta violência e punir o autor.

**PALAVRAS-CHAVE:** violência, mulher, danos, lei, Contexto Histórico.

---

### **1-INTRODUÇÃO**

A historia da espécie humana foi se constituindo e conseqüentemente formando denominações, dentre elas, o ser masculino e o feminino, e em meio a essa formação deu-se a ideia da reprodução da espécie com esse desenvolvimento surgia então à sociedade humana, na qual iria se modificando através do padrão de desenvolvimento da geração, dos valores e normas sociais. Desta forma, começaria determinar os papeis para os homens e as mulheres, o qual se caracterizava o papel do homem como chefia da casa, que tinha total autoridade por ter maior força física e que era o responsável em trabalhar com a caça para manter a alimentação da sua família. Já a mulher tinha o papel de reprodutora da espécie, um ser frágil e incapaz para assumir a direção e chefia do grupo familiar, sendo restrita ao mundo doméstico. Seria então através destes papéis sociais que fortaleceu a ideia de submissão ao homem.

De acordo JESUS, (2010, p.4).

É provável que a explicação biológica que teorizou sobre a incapacidade racional e profissional da mulher, tenha sua origem no período Paleolítico

em que o vigor físico do homem favorecia a caça e a estrutura da mulher era mais apropriada para criação dos filhos e coleta de alimentos. Apesar dessa explicação biológica ser recente, ela marca como no decorrer dos tempos à mulher foi relegada a um segundo plano, enquanto o homem sedimentava-se como o único protagonista da História.

Contudo a sociedade patriarcal se estende durante muitos séculos, e até hoje se pode encontrar modelos familiares semelhantes a patriarcal. No entanto partindo do pressuposto de causa e efeito, podemos citar que por decorrência desse contexto histórico equivocando a mulher na sociedade, teve como fator desencadeador a violência, pois a mesma era subordinada pelo parceiro, a quem devia obediência, bem como era excluída dos negócios jurídicos, do poder e entre outros contextos. A qual não poderia reivindicar direitos e deveres.

Conforme JESUS, (2010, p.5)

Na esfera social e no contexto histórico, ao longo do tempo, a mulher ocidental ocupa espaços e lugares diferentes do homem e continua sendo vista como ser doméstico e também como objeto sexual. Nas escolas, através da educação formal, os veículos de comunicação, bem como a religião, têm favorecido para a reprodução de uma ideologia patriarcal que transpõe todas as esferas da sociedade e reforça a submissão das mulheres.

A luta pela conquista de seus direitos foi consagrada em várias fases, como o direito ao voto, divórcio até a igualdade pelo trabalho dando ênfase na revolução industrial, em que a quantidade de mulheres empregadas cresceu muito e assim dava início a um período de longas jornadas de trabalho nas fábricas, porém com uma única diferença salários muito baixos em relação aos dos homens, assim dava ensejo a novas reivindicações por direitos iguais e se fortificando em busca de

melhorias trabalhistas, assim ao longo dos anos a mulher foi conquistando seu espaço.

Atualmente a mulher alcançou seu espaço na sociedade, conseguiu se inserir em todas as esferas sociais, tendo direito iguais ao do gênero masculino, e com leis destinadas a este tipo de violência, no entanto mesmo com tantas medidas jurídicas protetivas para a mulher, a mesma continua sendo agredida e morta pelo seu parceiro.

Segundo SAFFIOTI, (2004, p.17)

O entendimento popular da violência apoia-se num conceito, durante muito tempo, e ainda hoje, aceito como verdadeiro e o único. Trata-se da violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estudo revela dados inéditos sobre a violência contra a mulher. De acordo com o levantamento, o Brasil registrou, entre 2009 e 2011, 16,9 mil feminicídios, ou seja, mortes de mulheres decorrentes de conflito de gênero, crimes geralmente cometidos por parceiros íntimos ou ex-parceiros das vítimas. O número indica uma taxa de 5,82 casos para cada 100 mil mulheres.

## **2- MODALIDADE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

### **2.1 FISICA**

A violência física é compreendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, essa violência se caracteriza pelo uso da força que o gênero masculino possui para agredir a mulher através de murros, tapas, chutes e etc. além de muitas das vezes o agressor utilizar diversos objetos, deixando ou não marcas evidentes na vítima.

Os danos causados a vítima são inúmeros dentre eles: lesões graves ou simples, perda de membros, perda da coordenação motora.

Além de diversos danos emocionais, síndromes do pânico, depressão e etc.

## **2.2 PSICOLOGICA**

A violência psicológica, é entendida como a agressão emocional, nesta modalidade de violência, a vítima nem sempre percebe que está sendo agredida emocionalmente, nela a autoestima, o auto conceito da vítima é degradadamente abalado, ficando vulnerável a danos emocionais dos mais diversos. Dentre eles a vítima começa a se sentir inferior e etc.

De acordo com BRASIL (2001, p. 14).

Violência psicológica é toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui: ameaças, humilhações, chantagem, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. Dentre as modalidades de violência, é a mais difícil de ser identificada. Apesar de ser bastante frequente, ela pode levar a pessoa a se sentir desvalorizada, sofrer de ansiedade e adoecer com facilidade, situações que se arrastam durante muito tempo e, se agravadas, podem levar a pessoa a provocar suicídio.

## **2.3 MORAL**

Compreende violência moral, como sendo qualquer conduta do agressor que configure difamação, calúnia ou injúria, no qual o mesmo assegura falsamente que a vítima praticou crime que ela não cometeu, ou quando o agressor atribui à mulher fatos que maculem a sua reputação, bem como ocorre quando o agressor ofende a dignidade da mulher.

Brasil (2010) A violência moral ocasiona desordens emocionais, atinge a dignidade e identidade da pessoa humana, altera valores, causa danos psíquicos (mentais), interfere negativamente na saúde, na qualidade de vida e pode até levar à morte.

## **2.4 SEXUAL**

Entende-se violência sexual, como qualquer conduta do autor, que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da vítima.

Segundo HEISE (1994, p.255).

A violência sexual exerce importante impacto sobre a saúde e as últimas décadas têm acumulado indicadores confiáveis nesse sentido. Investigações têm constatado que a violência contra a mulher encontra-se entre as principais causas de anos de vida saudáveis perdidos por incapacidade. Os dados têm causado perplexidade ao revelar que a violência tem ceifado mais anos de vida das mulheres do que as guerras contemporâneas ou do que os acidentes de trânsito (HEISE et al, 1994, p.255). As consequências psicológicas, embora mais difíceis de mensurar, comprometem a maioria das mulheres e de suas famílias, com danos intensos e devastadores, muitas vezes irreparáveis.

## **3- LEI MARIA DA PENHA**

Maria da penha é uma vítima da violência contra a mulher, ela ficou paraplégica depois da agressão sofrida pelo seu companheiro, além das várias outras modalidades de violência que ela sofreu durante o



tempo que conviveu com seu marido. Desde tal acontecido ela luta pelos direitos da mulher, e surge a partir desta luta, a lei Maria da Penha com o intuito de impedir a violência contra a mulher, criando assim estruturas para prevenir esta violência, visando assegurar a integridade física, psicológica, moral, e sexual, e etc.

Desta forma a lei Maria da Penha criou os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher atribuindo competências civis e criminais para o processo, julgamento e execução, esses juizados devem ter uma equipe de atendimento multidisciplinar a ser integrado por profissionais especializados nas áreas da saúde, jurídica e psicossocial, a vítima de violência doméstica em a opção pelo foro do seu domicílio, do lugar do fato ou do domicílio do agressor. A participação do Ministério Público é essencial nos casos de violência contra a mulher, tanto nas ações civis e criminais, na qual tem legitimidade para agir como parte intervindo.

Contudo os danos decorrente das agressões são indenizáveis quer tenham sido causado pelo conjugue, ou seja, infrator esta sujeito a indenizar, os danos físicos, psicológicos e morais e sexuais para a mulher, assim expõe o art.927 do código civil. E nos casos que a mulher deixe a casa do casal, a mesma terá todos os direitos como, alimentos para os filhos, guarda deste e a divisão de bens. Desta forma o nosso código civil contempla a separação de corpos, assim expõe o art.1562 cc, na qual, a separação de corpos sendo por um meio para aquele que deseja um fim nos deveres conjugais e ao regime de bens, contudo, no caso de violência doméstica, que a mulher esteja sujeita a risco, a vítima adquirindo o registro de ocorrência policial, busca a medida protetiva de urgência a ser enviada ao juiz, sendo um documento unilateral produzido com as informações prestadas pela vítima e assim tem afastamento do agressor do lar. Art. 22 da lei Maria da penha. Nos casos que o companheiro tenta matar a mulher o código civil no seu art.1.573 cc, expõe sobre a impossibilidade de comunhão de vida, que oferece uma proteção para a mulher, pois quem não agride. A lei Maria da Penha admiti que o juiz proíba temporariamente a celebração de contratos de compra e venda, e locação de propriedade em comum, utilizando a

medida protetiva de urgência (art.24 LMP). Este pedido é formulado pela mulher diante autoridade policial que remete o expediente a juízo.

Diferentemente de algum tem atrás, a na atualidade é posto que a mulher tenha direito a inviabilidade de seu corpo de forma que jamais poderá ter violência para a pratica de qualquer ato sexual, pois mesmo que a relação é dever reciproco dos conjugues, os meios empregados para sua obtenção é inadmissível e moralmente reprováveis, assim a lei civil não admite o uso de violência física, psicológica ou moral nas relações sexuais dos cônjuges, contudo se tiver sido tentado ou praticado estupro a mulher pode pedir separação judicial de acordo com o art. 1.573 do código civil diante da impossibilidade da comunhão de vida.

#### **4- CONCLUSAO**

Nota-se que mesmo com as leis impostas pela justiça, dando seguridade a mulher, o numero de mulheres que sofrem violência é ainda imenso. É preciso criar meios para tentar combater essa violência, através de politicas publica, com a criação de programas, ações e atividades que alcance a todas as classes, etnias e culturas que as mulheres estejam inseridas. É preciso conscientização, prevenção e combate, assim como o fortalecimento da rede de apoio à vítima.

As modalidades de violência que citamos neste artigo, causam muitos danos à saúde mental da mulher. E com base nisto que se faz tão importante à psicologia envolvida nestas questões, ela tem o papel de acolher a vitima, e trabalhar os problemas psicológicos que a mesma sofreu. Porem não basta apenas amparar a vitima, mas também o agressor, este deve ser ouvido, e acompanhado, para que possa fazer um trabalho tão significativo quanto o da vitima.

Os sintomas psicológicos frequentemente encontrados em vítimas de violência doméstica são: insônia, pesadelos, falta de concentração, irritabilidade, falta de apetite, e até o aparecimento de sérios problemas mentais como a depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos, como o uso

de álcool e drogas, ou mesmo tentativas de suicídio (KASHANI; ALLAN, 1998).

O profissional da psicologia tem um papel muito relevante nos casos violência, ele trabalha direcionado para que este sujeito vitimado tenha autonomia, tentando desnaturaliza a violação de seus direitos e buscar propiciar o fortalecimento pessoal da pessoa agredida. Tentado assim eliminar e resignificar os danos psicológicos que a vitima desencadeou através da violência. A atuação do psicólogo com o agressor deve ser direcionado a análise dos motivos que o levaram a cometer tal violência, e trabalhar o que estar por trás desta conduta violenta.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço.** Brasília: Ministério da Saúde, 2001. (Caderno de Atenção Básica, 8).

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, Gêneros Diferentes, Direitos iguais. Brasília, 2010. Disponível em [http://www.mte.gov.br/comissao\\_igualdade/arquivos/cart\\_generos\\_diferentes\\_direitos\\_iguais.pdf](http://www.mte.gov.br/comissao_igualdade/arquivos/cart_generos_diferentes_direitos_iguais.pdf), acessado em 04/11/2013.

DREZETT, J. **O impacto da violência contra a mulher sobre sua saúde.** In: PITANGUY, J, MOTA, A. Os novos desafios da responsabilidade política. Cadernos Fórum Civil, nº 6. Rio de Janeiro: CEPIA, 2005, p. 53-70.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – V. 2 – Parte Especial dos Crimes Contra a Pessoa a dos Crimes Contra o Patrimônio. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAFFIOTI, Heleith. L. B, **Gênero, Patriarcado, Violência.** Ed. Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2004.

### LICENÇA MATERNIDADE ESTENDIDA PARA A SERVIDORA PÚBLICA ADOTANTE

**EDILENE PEREIRA DE ANDRADE:** Advogada.  
Bacharel em Direito pela Universidade Uninove.

Sabemos que o processo da adoção no Brasil ainda é muito complicado e burocrático. Além disso, após o processo de adoção, é imprescindível todo o processo de adaptação da criança adotada e da família, sendo necessário, neste período, uma convivência maior dos envolvidos.

A licença maternidade ou licença gestante consiste na garantia constitucional que a mulher possui de uma licença remunerada para que possa se dedicar em tempo integral à criança. Garantia esta, que também se aplica aos servidores públicos.

Quando a mulher adotante é empregada pelo regime celetista, ou quando é segurada do INSS (como no caso das autônomas que contribuem), elas têm o direito ao benéfico da licença-maternidade no prazo de 120(cento e vinte dias).

No ano de 2008, o Governo como o objetivo de ampliar esse prazo, editou a Lei nº 11.770/2008 criando o programa “Empresa Cidadã”. Em troca de incentivos fiscais a empresa pode conceder à empregada uma licença maternidade estendida de 180 (cento e oitenta) dias.

As empresas não são obrigadas a aderirem ao programa. O art. 5º da Lei nº 11.770/2008 previu que a pessoa jurídica que aderir ao programa "Empresa Cidadã" poderá deduzir do imposto de renda o total da remuneração integral da empregada pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade. Referida dedução diz respeito somente aos 60(sessenta) dias de prorrogação.

No âmbito da Administração Pública, que rege os direitos dos servidores públicos, existe o Decreto nº 6.690/2008 que institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

Ocorre que a adesão ao referido programa é pequena, já que a dedução do imposto de renda só vale para empregadores que sejam pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, o que exclui a grande maioria das empresas deste benefício. Nessa linha as empresas públicas não possuem qualquer incentivo para conceder a licença prorrogada. Em virtude disso, a adesão ao programa é muito baixa.

Já no âmbito do serviço público, os órgãos e entidades concedem a licença-maternidade estendida, ou seja, de 180 dias para as servidoras públicas que tenham tido filhos. Pois bem, diante disso, é certo que a licença-maternidade estendida deve ser concedida também a mãe que adota uma criança, o que chamamos de licença-adoptante.

Não existe fundamento constitucional para tratar de forma desigual a mãe gestante e a mãe adotante, assim como não há razão para diferenciar o adotado mais velho do mais novo, logo, não importa se a criança adotada tenha menos ou mais de um ano de idade.

Diante de muitos questionamentos sobre o tema o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal de Federal no Recurso Extraordinário 778889/PE foi no sentido de que se a Lei prevê o prazo de 120 dias de licença-gestante, com prorrogação de mais 60 dias, tal prazo, inclusive com a prorrogação, deverá ser garantida à servidora pública que adota uma criança, não importando a idade da criança adotada

## **POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A SELETIVIDADE PENAL**

**SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT:**  
Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS,  
Especialista em Processo Penal, Advogada.

**RESUMO:** O presente estudo buscou analisar a importância da Defensoria Pública na defesa de pessoas acusadas de tráfico de drogas e o estudo da seletividade penal na atual Política Criminal de Drogas no Brasil. Pois a clientela do sistema penal é normalmente composta por pessoas pertencentes aos mais baixos níveis sociais e são justamente esses os assistidos pela Defensoria Pública. Assim, em um primeiro momento foi exposto um breve estudo sobre a Defensoria Pública, em especial seu papel frente a seletividade penal; e posteriormente, foi abordado o tema relativo a política criminal de drogas. Dessa forma, foi utilizado as principais doutrinas referentes ao tema em questão.

**Palavras chave:** Seletividade Penal, Política Criminal de Drogas, Defensoria Pública

**Sumário:** INTRODUÇÃO – 1. DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO “MINIMIZADOR” DA SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL 2. DA SELETIVIDADE PENAL NA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

Quando é levantado o tema referente à Política Criminal de Drogas muitos são os enfoques que permitem ser abordados. Levando em conta tal amplitude, aqui nos foi oportuno escolher como objeto de estudo a seletividade penal na política criminal de drogas e a importância do papel da Defensoria Pública como meio de minimizar os prejuízos trazidos pela seletividade de pessoas acusadas de tráfico de drogas. Levando como objetivo geral o estudo da seletividade do modelo de política criminal de drogas do Brasil, reflexo do alto encarceramento de pessoas presas por tráfico de drogas.

Partimos da hipótese de que a clientela do sistema penal é normalmente composta por pessoas pertencentes aos mais baixos níveis sociais e são justamente esses os assistidos pela Defensoria Pública, já que elas fazem parte desse processo de criminalização seletivo e desigual de pessoas dentro da população total. E que são justamente essas pessoas que foram estigmatizadas em um perfil para se diferenciar traficante e usuário.

Para tanto, o trabalho será dividido em dois capítulos distintos, que analisarão, mediante pesquisa bibliográfica as questões que, em nosso entender, são de maior relevância na temática abordada, em especial estudos sobre a política criminal de drogas, criminologia e criminologia crítica.

Em um primeiro momento será abordado de modo geral e introdutório a importância da instituição da Defensoria Pública com o papel primeiro de fazer com que justiça chegue a todos de maneira democrática.

Em seguida, é estudada a seletividade penal na política criminal de drogas vigente, a dificuldade em se diferenciar a figura do traficante e do usuário, - o que acabou resultando na criação de um perfil estigmatizante para o traficante de drogas -, e alguns aspectos trazidos pela Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), em especial o endurecimento no tratamento para o traficante de drogas e tais consequências.

A abordagem contribuirá para o desenvolvimento da pesquisa científica na área, bem como no campo prático no que tange às políticas efetivas de redução da violência institucional, tendo como finalidade maior a busca pelo respeito aos direitos fundamentais, enquanto valores indissociáveis do Estado Democrático de Direito.

O tema, portanto, demonstra nítida importância, visto que os direitos fundamentais devem ser respeitados por todos de maneira igualitária, independente da sua classe, posição social ou cor do indivíduo.

## **1 DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO “MINIMIZADOR” DA SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL**

A Defensoria Pública foi instituída como ferramenta para a consolidação dos direitos fundamentais, em específico ao acesso à justiça. Tendo como um dos principais objetivos o de fazer com que a justiça chegue a todos de maneira democrática, (principalmente no Brasil, onde a desigualdade social é cada vez maior).

Assim, ela veio com o encargo de amparar aqueles que necessitam, em todos os graus de jurisdição, como meio de tentativa para amenizar a discrepância de armas por essa parte da população que já é tão discriminada e perseguida.

A Constituição Federal de 1988, intitulada como “Constituição cidadã”, trouxe expressamente em seu artigo 134 que a Defensoria é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Na visão de Barbara Bissoch (2009) o papel da Defensoria vai além do que se está expresso no texto constitucional. A autora acredita que um dos principais motivos para a não concretização dos direitos fundamentais se dá pela insuficiência de recursos. E que o papel da Defensoria seria justamente garantir que tais direitos cheguem a todos, e que dessa forma está a Instituição ligada diretamente à realização da cidadania plena.

Na realidade, o papel da Defensoria Pública vai muito além do que se percebe da interpretação literal dos dispositivos constitucionais. A Defensoria Pública é, por vocação constitucional, instituição que se presta a buscar a realização da dignidade da pessoa humana e de grande parte dos demais que lhe são correlatos. É pacífico que o “não exercício” dos direitos fundamentais deve-se, em grande parte, à carência financeira da população brasileira. Fragilidade econômica que leva ao analfabetismo, a condições precárias de saúde, ao subemprego, à



violência, à falta de moradia, à marginalidade social e especialmente à total e completa alienação quanto a seus próprios direitos, que culmina, inevitavelmente na ausência de dignidade. [...] Se a hipossuficiência é um dos maiores, se não o maior problema da sociedade brasileira, representando um grande entrave à eficácia social dos direitos fundamentais e a Defensoria Pública foi criada especialmente para garantir integralmente os direitos desta parcela da população, impossível não concluir pela essencialidade desta instituição à realização da cidadania plena. (BISSOCHI, 2009, p. 81-83)

A Lei Orgânica da Defensoria Pública teve recentes alterações trazidas pela Lei Complementar número 132, ao alterar redação do artigo 3º, letra A, incluindo objetivos expressos para a Defensoria Pública, tais como a: primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência dos direitos humanos, a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Porém, não bastam tantas garantias expressas (normas programáticas) na Constituição, se a Defensoria Pública não tiver recursos e estrutura para amparar todos àqueles que dela necessitam. Nas palavras de Ricardo Salviano (2010), trata-se de medida indispensável para a Defensoria concretizar tais direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

Entretanto, muito embora esteja constitucionalmente prevista a assistência jurídica integral aos necessitados, ainda há um longo caminho a ser percorrido, de sorte que nada adianta a Constituição prever diversos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, se não for disponibilizado o acesso à justiça aos carentes de recursos que não têm condições de contratar um

advogado. Portanto, o posicionamento que ora defendemos é o de que é indispensável o fortalecimento das Defensorias Públicas, no intuito de melhor estruturá-las, viabilizando, por via reflexa, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. (SALVIANO, 2010, p.97)

Recentemente, a Defensoria Pública ganhou forças com a aprovação e promulgação da Emenda Constitucional n. 80, de 29 de maio de 2014 (PEC das Defensorias ou PEC Defensoria para todos), que trouxe alterações ao artigo 134 e na estrutura do Título IV da Constituição, mais especificamente na Seção III “Da Advocacia e Defensoria Pública”. Passa, então, a Defensoria Pública a ter seção própria, assim como a Advocacia Pública. A PEC também acrescenta o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais, estipulando um prazo de 08 (oito) anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal se organizem para poder contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, sendo proporcional a demanda jurisdicional e à respectiva população.

O artigo 134 passou a dispor de maneira expressa a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da mesma Carta Magna. Acrescentou, também, o parágrafo 4º (quarto) - do mesmo mencionado art.134 -, os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, podendo ser aplicado também, o que couber no disposto nos artigos 93 e inciso II do art.96 da mesma Lei Maior.

Na verdade o constituinte não trouxe nada inédito para ordenamento jurídico, pois a modificação do texto constitucional já existia na Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigo 1º da LC nº 80/1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009 e artigo 3º). Mas deixou de forma clara na Lei Maior, a autonomia da instituição.

A alteração promove ainda mais o papel e a importância da Defensoria Pública com a sua ligação do Estado Democrático de Direito, pois possibilita que a população marginalizada tome conhecimento de seus direitos e possam exercê-los, participando diretamente na construção de uma democracia participativa.

Na obra de Álvaro Filipe Oxley da Rocha (2014), o autor fala da importância prática da autonomia da Defensoria Pública na concretização da cidadania. Ele deixa claro que sem recursos financeiros é muito mais fácil o cidadão sofrer prejuízos ou injustiças em processos judiciais.

A autonomia das Defensorias Públicas, constante do parágrafo 2º, do artigo 134, da CF/88, é das medidas mais salutares para a realização da cidadania em seu sentido amplo. O cidadão sem recursos financeiros é normalmente o mais penalizado pelo descaso da ação estatal e, com frequência, sofre prejuízos ou mesmo injustiças em processos judiciais por não poder pagar advogados privados. A instituição da Defensoria permite a esse cidadão romper essa barreira, e, com a autonomia, devem aumentar os recursos financeiros disponíveis, logo, o alcance e a força de ação desse órgão. Além disso, fica o mesmo mais protegido de ingerências diretas ou indiretas de agentes de outros órgãos do Estado, em razão da antiga fragilidade de recursos. (ROCHA, 2014, p.26)

Fabio Luís Mariani de Souza (2010), em sua dissertação de mestrado fala sobre a importância do papel da defensoria pública no papel de instrumento para realização dos direitos fundamentais, em especial daquela parcela populacional excluída.

Ele acredita que o acesso à justiça, passa a ser de fato um dos serviços públicos de assistência judiciária exercido pela Defensoria Pública por causa do grande número de pessoas pobres e

marginalizadas. Dessa forma, a Defensoria passaria então, a desempenhar um papel fundamental para a concretização dos direitos fundamentais, em especial aqueles assistidos pelo sistema punitivo, que é claramente estigmatizante e seletivo.<sup>[1]</sup>

Aponta também, outro motivo para a existência e importância da Defensoria Pública - a violência social e o processo de criminalização -, chegando à conclusão que a Defensoria tem um papel de suma importância quando se fala em seletividade penal. Ele acredita que de acordo com a teoria do “Labeling approach” perceberíamos que o sistema penal está longe de ser justo ou igualitário. E que a resposta penal das instituições que as realizam, são estruturadas para combater apenas as condutas negativas criminosas. E seria por isso que o sistema penal possui também um caráter simbólico, porque os seus institutos de repressão não dão conta de todas as ações imputadas como criminosas, e por isso, irão dirigir suas atividades de repressão para um determinado grupo estigmatizado de pessoas, aqueles que são selecionados nas camadas mais pobres da população. (SOUZA, 2010)

Desta forma, far-se-á, de uma importância ímpar na defesa principalmente daqueles que são submetidos ao sistema penal. Sistema esse que como se observará, é muitas vezes seletivo, e que está longe de proteger e punir a todos de maneira igualitária.

## **2 DA SELETIVIDADE PENAL NA POLITICA CRIMINAL DE DROGAS**

Vera Regina P. Andrade (2003), fala sobre a clientela penal, que “geralmente é composta por pessoas pertencentes a níveis sociais mais baixos”, e segundo a autora, isso é resultado de um sistema seletivo e desigual:

A clientela do sistema penal é composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais” e, conclui, que isso “é resultado de um processo de criminalização altamente e seletivo e desigual de ‘pessoas’

dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. (ANDRADE, 2003, p.52)

Alexandre Baratta (2013), em sua obra, critica alguns mitos, e fala sobre a seletividade no direito penal. O mito de que a lei penal é igual para todos, que todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de torna-se sujeitos, e com as mesmas consequências do processo de criminalização. Baratta (2013), sabiamente, deixa sua crítica sobre tal mito. Para o autor a lei penal não é igual para todos, que o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos. E diz mais:

A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal menos desigual que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência (BARATTA, 2013, p.162)

As primeiras leis que vieram criminalizar o uso e venda de drogas surgiram quando as substâncias que, até então, eram utilizadas por grupos dominantes da sociedade passaram a ser consumidas por grupos minoritários.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a proibição do ópio, da cocaína e da maconha aconteceu quando pessoas que não eram da alta sociedade começaram a fazer uso das substâncias. Enquanto os consumidores de ópio eram senhoras brancas de meia-idade era considerado normal o uso do produto da papoula, não oferecendo qualquer risco à sociedade; entretanto, a partir do momento em que imigrantes chineses se tornaram consumidores surgiu a preocupação dos “estragos” que esses poderiam causar a sociedade, principalmente para as classes média e alta, como se o uso da substância acordasse uma predisposição natural ao crime, inerente ao caráter daqueles imigrantes. O mesmo entendimento ocorreu nos processos de criminalização da cocaína e da maconha em relação às minorias envolvidas em cada caso

Antes da entrada em vigor da Lei 11.343/2006, era comum que a distinção entre usuário e traficante se desse nos artigos da legislação anterior – Lei nº 6.368/76. Eram os próprios artigos que representavam socialmente e distinguiram essas duas figuras. A atual legislação trouxe algumas novidades, sendo uma delas deslocar o usuário para o sistema de saúde (acabando com a pena de prisão) e aumentar a pena mínima para o traficante[2].

Ou seja, nos termos da atual legislação, o usuário é visto como um “doente”, objeto das instituições de saúde e assistência social; e o traficante ainda é tratado como perigoso, o mal, o inimigo[3] da sociedade.

Hoje, a atual política criminal de drogas ainda sofre reflexos do seu passado atormentado de preconceitos e discriminações. A superlotação dos presídios é a constatação de tal ato discriminatório. A atual Lei de Drogas (11.343/2006) é responsável pela maior parte de pessoas encarceradas[4]. Os principais alvos são as pessoas pobres e negras, resultantes de um estereótipo já consolidado[5].

Zaffaroni e Pierangeli (2008) ao tratarem do tema, afirmam que o sistema penal seleciona pessoas ou ações, criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Que o sistema penal costuma se orientar por estereótipos, criados a partir de características dos setores marginalizados e humildes.

Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores

marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p.36)

Alice Bianchini (2000), em poucas palavras, resume, ao dizer que o sistema penal, seleciona pessoas e não ações como também criminalizam a pessoas determinadas, segundo a sua classe a posição social.

Baratta (2013), quando fala sobre a seletividade do direito penal, ele as divide em seletividade primária, que seria na produção das normas, e em seletividade secundária, que se trata dos mecanismos de aplicação das normas (o processo penal).

Assim, acreditamos que a Lei 11.343/2006 não é apenas seletiva em sua aplicação, mas foi seletiva também na sua elaboração normativa (seletividade primária).

Segundo a Lei de Drogas, configurariam crimes as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo*. Porém, tais condutas estão previstas tanto nos tipos penais do artigo 28 (consumo pessoal) e artigo 33 (tráfico de drogas), o critério de diferenciação de uma para outra, se daria de modo altamente subjetivo, que é justamente onde apontamos como caracterizador da seletividade.

A partir do momento em que o legislador considerou como critérios de diferenciação *o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias pessoais e sociais do agente* como forma de distinguir traficante e usuário, ele ao mesmo tempo criou critérios subjetivos e discriminatórios. Dando margem à inúmeras interpretações subjetivas e distintas por quem as aplica.

Sobre a legislação não especificar a quantidade de droga para a diferenciação de usuário para traficante, Olinger (2015), em sua obra fala que deixar apenas para o juiz analisar as circunstâncias e o perfil do agente faz com que tal seletividade seja ainda mais evidente, e diz mais:

Dessa forma existe uma tendência a continuar prendendo negros e pobres como traficantes, já que mesmo que sejam encontrados com uma quantidade muito pequena de droga, tem grande probabilidade de ser acusados, pelas circunstâncias e perfil social, de estar servindo de atravessador/avião, enquanto o menino de classe média vai ter um bom advogado e mostrar que, com seu perfil e condição social não é traficante. (OLINGER, 2015 p. 12)

Desta forma é fácil criar estereótipos para diferenciar um ou outro, ficando muito mais fácil prejudicar as classes mais vulneráveis. É só pensar nas duas figuras distintas: o menino negro, morador da favela, e o menino branco, em seu carro importado.

O traficante estigmatizado, ou seja, aquele que apresenta uma relação entre o atributo na venda da substância entorpecente e o estereótipo do criminoso (preto, pobre, favelado) é um verdadeiro passe livre para as ações genocidas (D'ELIA, 2014). Já temos, assim, ilustrados a figuras de quem é o traficante e usuário. Afinal, meninos pobres e negros, vendem drogas para meninos ricos, não é mesmo? [\[6\]](#)

Essa seletividade de pessoas e classes é constatada desde o momento da investigação preliminar (em geral, resumida ao flagrante) pelos policiais até a decisão judicial, pois, como explica Alba Zaluar (2004), quem produz as provas e monta o processo são os policiais, fruto de nossas tradições inquisitórias. Em resumo, são os policiais que decidiram quem será processado por tráfico ou apenas pelo uso.

Em entrevista publicada na Revista “Caros Amigos”, Nilo Batista (2003) e Vera Malaguti Batista (2003) tecem críticas sobre o assunto, de quem seria o traficante e o usuário:



Nilo Batista – O menino branco que tenha 400 gramas de maconha, que tenha situação econômica...

Vera Malaguti Batista – Aí eles dizem que ele comprou porque vai fumar a longo prazo. Isso é um dado concreto! O outro está com uma pequena quantidade, mas como é pobre, mora em favela e como ele está com quatro papetes ele não vai comprar, ele vai vender. Ele é ontologicamente traficante. Ele é criminalizável. E ao longo da história... é droga agora, antes era a capoeira, e antes da capoeira...

Nilo Batista – A gente vive a ilusão de que o sistema penal opera a partir do que o cara fez. Dogma, se você não acreditar nisso... E na verdade não é. O que você fez participa, mas o que você é determina se você vai ser selecionado ou não. Verinha e eu num carro poderíamos ter seis quilos de maconha no banco de trás. A polícia não vai nos parar. Dois garotos negros, num carro sambado... e se o carro novo, aí mesmo é que dançam![\[7\]](#)

No livro *Acionistas do Nada*, Orlando Zaccone D'Elia (2014) relata um caso em específico que ocorreu com um dos seus colegas de concurso para delegado. Esse delegado, atuou, em flagrante, dois jovens residentes da zona sul pela conduta descrita para o usuário, porte de drogas para consumo próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha.

O delegado teria se com vencido que a quantidade não era determinante para prendê-los por tráfico, já que a forma como a droga estava guardada - em dois volumes prensado -, bem como o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem empregos fixos, além da folha de antecedentes criminais limpa, era indicio de que segundo o depoimento deles, a droga era para consumo pessoal. O delegado,

então, lavrou o flagrante e, autorizou a concessão da fiança e a liberdade provisória dos delitos (conforme a lei em vigor naquele tempo).

Ainda hoje, Orlando Zaccone, se pergunta se a conduta desse seu companheiro de profissão seria e mesma se os jovens fossem negros e estivessem transportando drogas para uso próprio em um ônibus, ainda que comprovassem trabalho e tivessem a ficha sem anotação.

A partir dessas tantas questões já expostas, Salo de Carvalho (2015), acredita poder levantar algumas hipóteses referentes a “violência institucional e seletiva que o Brasil vive nas últimas décadas:

(Primeira) O Brasil, longe de ser o país da impunidade, encarcera muito, ou seja, o sistema punitivo opera de forma contrária ao que é cotidianamente divulgado, sobretudo pela imprensa. Mas ao mesmo tempo que encarcera muito, encarcera muito mal, no sentido de que inúmeras condutas não lesivas (crimes sem violência ou grave ameaça) não demandariam o uso da prisão. A propósito, conforme as lições da crítica criminológica, o cárcere é o instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar as pessoas piores.

(Segunda) O Poder Legislativo, que opera na criminalização primária, não é o único responsável pelos altos índices de prisionalização. O Poder Judiciário, nas últimas décadas, tem abdicado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora e, em vários momentos, tem aderido ao populismo punitivo. Neste e, em vários momentos, tem aderido ao populismo punitivo. Neste sentido, seria fundamental uma política institucional de afirmação da Constituição contra as tendências de “decisionismo populista”

(Terceira) A Polícia, historicamente cúmplice das políticas escravagistas, durante o período da Ditadura Civil-Militar densificou as funções de seletividade racial, ampliando a violência institucional refletida nas práticas de extermínio da juventude negra. Em paralelo, as demais agências do sistema punitivo (Ministério Público e Poder Judiciário) efetivam a seletividade operada pelas Polícias e colocam em marcha processos de criminalização e de encarceramento fundado em uma lógica nitidamente racista.

(Quarta) A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis anônimas. No entanto, no Brasil, a população negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo. (CARVALHO, 2015, p.648-649)

Mesmo o legislador querendo trazer critérios objetivos para a caracterização do usuário de drogas, a atual legislação passou longe de objetividade, trazendo uma margem de subjetividade enorme para quem os aplica, sendo muito fácil encaixar pessoas pobres e negras em bairros carentes como traficantes e pessoas brancas de classe média/alta, em bairros de classe médio/alta como usuários, mesmo que a quantidade seja igual ou superior ao segundo caso.

Antes da nova Lei de Drogas (11.343/2006), a pena mínima para o tráfico era de 3 (três) anos, e agora passou a ser de 5

(cinco) anos. A Constituição Federal passou a considera-lo como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

O endurecimento no tratamento foi fruto da insegurança e clamor público. A declaração de “guerra contra as drogas”<sup>[8]</sup> nada mais é do que, um sentimento de insegurança pela população. Já que muito foi propagada a ligação direta entre drogas e violência.

Não se pode negar que o tráfico é uma das principais causas de violência nos dias atuais, seja por conflitos internos (brigas por território de venda entre traficantes ou por força policial e etc) ou também por conflitos externos (dependentes químicos cometendo crimes para sustentar o vício das drogas, brigas familiares, briga de traficante e usuário, etc). Esse clamor por punição, Ruth Gauer (2009) chama de “compulsão pela ordem”, que se faz presente nas sociedades, mesmo sendo os regimes democráticos ou totalitários.

Tentou-se amenizar os estragos do tráfico com mais repressão, com penas mais duras e cortando todos os privilégios possíveis<sup>[9]</sup>, (além de penas privativas de liberdade, é proibido até a concessão de alguns benefícios concedidos pela Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos -, como o a possibilidade de sursis e penas restritivas de direito)<sup>[10]</sup>. Sobre isso, Maria Lúcia Karam (2006), tece alguns comentários:

Uma lei que repete violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista “política do possível. (KARAM, 2006, p.7)

O problema da segurança pública no Brasil é tratado pela grande maioria das pessoas de forma bastante superficial e homogênea, da forma que os ditos “criminosos” devem ser tratados de forma árdua e repressiva. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo explica:

“Nesse contexto, os problemas de segurança apresentados são reduzidos aos desejos de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime. Equivocadamente a repressão torna-se a única saída vislumbrada pelo coro da opinião pública, produzida e amplificada pela mídia de massas. Criminalidade e combate ao crime são tradicionalmente temas políticos conservadores e se adequam privilegiadamente a estratégias populistas.” (AZEVEDO, 2008, p.286)

Desta forma, fica evidenciado, que a ideia do endurecimento de penas para diminuir o tráfico é fadada ao fracasso e os maiores prejudicados serão sempre as classes mais vulneráveis.

Seja por já terem um estereotipo erroneamente formado, seja por não possuírem recursos econômicos para pagar um advogado. Sem contar que usar o sistema carcerário brasileiro não é meio de contenção de violência. E que ao contrário do que muitos pensam, o Brasil passa longe de ser um país da impunidade, bem pelo contrário, ele prende muito, mas prende muito mal.

Conforme Rodrigo Ghiringhelli Azevedo novamente nos ensina, ao falar sobre o sistema carcerário brasileiro ser meio de contenção da criminalidade:

“O sistema carcerário brasileiro está longe de ser um meio de contenção da criminalidade, tornando-se, ao contrário, cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência. Muito distante do propósito de reinserir socialmente, as prisões têm contribuído para o aumento das taxas de criminalidade. O encarceramento produz reincidência: depois de sair da prisão, aumentam as chances de voltar para ela (delinquência secundária)” (AZEVEDO, 2015, p.100)

Dessa forma, já nos é permitido dizer que o direito penal não é igualitário, que prioriza as classes dominantes, e recrimina de forma seletiva as classes mais vulneráveis. Desde que o legislador imputou às drogas um caráter incriminador, criou-se junto, um estereotipo de quem seria julgado usuário (o branco de classe média) e traficante (o negro, pobre, morador de periferia).

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, restou claro que a política criminal de drogas é seletiva, e que está longe de respeitar de forma clara o princípio da isonomia. E que lidar com a seletividade penal ainda é um grande desafio hoje, pois, trata-se de um instituto que está enraizado na sociedade.

O trabalho exposto não buscou inovar o assunto referente à seletividade na política criminal de drogas, apenas reforçar a importância em se pensar em novas políticas públicas juntamente com o fortalecimento do instituto da Defensoria Pública.

Foi visto o essencial papel da Defensoria Pública como tentativa de minimizar essa seletividade e a sua busca por levar justiça à todos. E é justamente por ter esse papel essencial como concretizador dos direitos e das liberdades, que a Defensoria não pode e não deve ser tratada de como inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção das pessoas que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social depende dela. Os direitos não irão valer de nada se os fundamentos que em eles se apoiam sejam desrespeitados pelo Poder Público.

Posteriormente, foi observado que para ser enquadrado como traficante (imputado à pena mais gravosa, comparada a de um crime hediondo) já se criou um estereótipo, resultado de um Direito Penal que não trata de forma igual os desiguais. Dessa forma, além de perseguir os mais pobres e vulneráveis, o sistema penal estará sujeito ao fracasso, pois tal perseguição só irá aumentar a revolta e o sentimento de injustiça entre os menos favorecidos. E os grandes responsáveis pelo tráfico serão esquecidos, já que a perseguição estará voltada para os grupos vulneráveis, via de regra, “usuários” e pequenos traficantes

Dessa forma, há muito o que se pensar e muito o que se discutir. Juntamente com políticas públicas, urge a necessidade de se refazer as percepções sobre as questões das drogas, afastando-se as visões simplificadas baseadas em estereótipos e estigmas.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*. Novos Estudos, n.43, novembro 1995.

\_\_\_\_\_. *Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n.18, 1996.

ANDRADE, Vera Regina. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Segurança pública e direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2008.

\_\_\_\_\_, Rodrigo Ghiringhelli. *Descarcerização e segurança pública*. Revista Carta Capital. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/descarcerizacao-e-seguranca-publica](http://www.cartacapital.com.br/sociedade/descarcerizacao-e-seguranca-publica). Acesso em: 07 set. 2016.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, (05/06), 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003

\_\_\_\_\_. Entrevista: *Todo Crime é Político*. Revista Caros Amigos. São Paulo. Ano VII, número 77, Agosto 2003, p 29.

BERGERON, Henri. *Sociologia da droga*. Aparecida: Ideias & Letras, 2012.

BIANCHINI. Alice. *A seletividade do controle penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 30, p. 51-64, abril-junho. 2000.

BISSOCHI, Barbara Silveira. *A Defensoria Pública como Instrumento Essencial à Cidadania Substancial*. In.: VIII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Livro de teses e práticas exitosas: passaporte essencial à cidadania. Porto Alegre, 2009.

BOITEAUX, Luciana. *A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília 2 de out. de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016

\_\_\_\_\_, Lei nº 11.343, DE 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 10 de set. 2018

\_\_\_\_\_, Lei Complementar n. 132 de 07 de out. de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm)>.

Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 80 de 12 de jan. de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. *Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 178, set. 2007.



CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. Marcelo da Silveira. *Seletividade da atuação policial na aplicação da Lei de drogas*. Entrevista para a revista Fórum. Disponível em: <http://revistaforum.com.br/blog/2013/10/sociologo-critica-seletividade-da-atuacao-policialna-aplicacao-da-lei-drogas/>. Acesso em: 10 de junho 2016.

CARVALHO. Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (estudo Criminológico e Dogmático). RJ: Lumen Juris, 2010.

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_, *Geopolítica de las drogas*. Medellín: In: Revista Análisis, 1998.

D'Elia Filho, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. 1º edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015

\_\_\_\_\_. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3º edição, agosto de 2011. 1º reimpressão, outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. *O Debate sobre as Relações Raciais e seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Universitas. Jus (UNICEUB), v. 1, p. 110-145, 2004.

DUARTE, E. C. P.; MURARO, M. ; LACERDA, M. ; DEUS GARCIA, Rafael de. . *Quem é o suspeito do crime de tráfico de droga? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficantes pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador..* In: Isabel Seixas de Figueiredo; Gustavo Camilo Baptista e Cristiane do Socorro Loureiro Lima. (Org.). *Pensando a Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. 1ed. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014, v. 5, p. 81-120.

ELBERT, Carlos Alberto. *Novo Manual de Criminologia*. Tradução Ney Fayet Júnior. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

\_\_\_\_\_, Carlos Alberto. *Criminologia, Ciência e Mudança Social*. Nuria Fabris Editora, São Paulo, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008

GAUER, Ruth M. Chittó. *A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais.

HELPEES, Sintia Soares. *Vidas em Jogo*. IBCCRIM, São Paulo, 2014

KARAM Maria Lucia. *A Lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, Outubro de 2006

\_\_\_\_\_. *PROIBIÇÃO ÀS DROGAS E VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. Disponível em: . Acesso em: 3 de junho 2016.

\_\_\_\_\_. *“Guerra as drogas” e a criminalização da pobreza*. In: Zilo, Jacson. Bozza, Fábio (Org). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZé, 2012.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

MARONNA, Cristiano Ávila. *Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, Outubro de 2006.

MELLO, Daniel. *Tráfico de drogas é o crime que mais levou pessoas à prisão no Estado de São Paulo*. Disponível em Acesso em 02 de set. 2016.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (coord.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli* / Coordenadores Tulio Vianna; Felipe Machado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

REDE BRASIL ATUAL. *Descriminalização de drogas acabaria com 'justiça seletiva' feita pela polícia*. Disponível em: . Acesso em: 2 set. 2016.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. *Violência Simbólica: O Controle Social na Forma da Lei*. Porto Alegre, EDIPUC, 2014

SOUZA, Fabio Luís Mariani de. *Direito Fundamento à Defesa Criminal: Um olhar sobre a Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal*. Porto Alegre, 2010

UNIVERSO ON LINE – UOL. *Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ*. Disponível em: . Acesso em: 2 set. 2016.

ZACKSESKI, Cristina; ANDRADE, Vera. *A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana. Verso e Reverso do controle penal. Homenagem a Alessandro Baratta*. Vol. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 123-131.

ZALUAR, Alba. *Integração Perversa: pobreza e tráfico de Drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 7. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dyckinson, 2006.

#### **NOTAS:**

[1] Fabio Luis Mariani, cita Ferrajoli: (2010) apud “El resultado de semejante y creciente desigualdade es el carácter cada vez más classista de la justiça penal em todos los países occidentales: desde Italia hasta la Argentina y Brasil y los otros países latinoamericanos; desde Estado Unidos hasta los demás países europeos. Prueba de ello es la composición social de la poblacion carcelaria, formada, si no unicamente, al menos en su mayor parte – tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países – por sujetos pobres y marginados; inmigrantes, negros, tóxico-dependientes, detenidos por pequenos contra el patrimonio”

[2] Sabe-se que o aumento de pena para combater a criminalidade é uma ideia fracassada. Ao mesmo tempo que a prisão não é meio de contenção de violência ou de criminalização, muito pelo contrário. Prisão gera reincidência, que gera violência. Foucault em *Vigiar e Punir* quando ressaltava sobre a prisão e sua criação, já falava das mesmas críticas que vemos hoje. Que ela

não diminuía a taxa de criminalidade, fabricava delinquentes (sobretudo por não trata-los como seres humanos), aumentava a corrupção, dentre outras coisas. Afinal, a prisão ao tentar corrigir não obtém sucesso. Sútil é a ilusão de que as leis são criadas como forma de justiça e não em ignorância e preconceito. Nesse contexto, lembramos também do duplo objetivo da prisão, muito bem exposto por Michel Foucault também em *Vigiar e Punir*. Ele afirma que embora a prisão tenha sido institucionalizada para garantir a recuperação do criminoso por meio do isolamento, o objetivo real era manter essa massa de excluídos sob constante vigilância e repressão, de forma a segregá-los da sociedade. Afinal, a lei penal é feita por uma classe para ser aplicada à outra.

[3] O “inimigo” é aquele que assume o perfil do estranho à comunidade, a quem, por sua apontada “periculosidade”, não são reconhecidos os mesmos direitos dos pertencentes à comunidade e que, assim, desprovido de dignidade e de direitos, perde sua qualidade de pessoa, tornando-se uma “não-pessoa” (ZAFFARONI 2006).

[4] Em entrevista no dia 09/09/2015, no Seu Jornal da TVT, a assessora especial de Políticas sobre Drogas da Secretaria de Direitos Humanos da prefeitura de São Paulo, Maria Angélica Comis, afirmou que o encarceramento aumentou 325% de 2006 a 2015.

[5] Segundo o “Mapa do Encarceramento: os Jovens do Brasil”, divulgado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, feito pela pesquisadora Jacqueline Sinhoretto com base nos dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Ministério da Justiça, os crimes contra o patrimônio e relacionados às drogas são os mais comuns, segundo o estudo. Somados, atingem cerca de 70% das causas de prisões, e o crescimento teria sido impulsionado pela prisão de jovens, negros e mulheres.

[6] Orlando Zaccone D’Elia comenta sobre esse “tal traficante estigmatizado”: “aquele que apresenta uma relação entre o atributo na venda da substância entorpecente e o estereótipo do criminoso (preto, pobre, favelado) é um verdadeiro passe livre para as ações genocidas [...] O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné,

cordões, portador de algum orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolar cenário da miséria e fome que o

[7] Recomendamos a leitura da entrevista completa: *Todo Crime é Político*. Revista Caros Amigos. São Paulo. Disponível em:

<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fnUdUg\\_oqgh4J:www.pdt-rj.org.br/docs/Entrevista%2520de%2520Nilo%2520Batista%2520para%2520a%2520Revista%2520Caro%2520Amigos.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fnUdUg_oqgh4J:www.pdt-rj.org.br/docs/Entrevista%2520de%2520Nilo%2520Batista%2520para%2520a%2520Revista%2520Caro%2520Amigos.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>

[8] Nesse sentido, Maria Lucia Karam (2013) esclarece o verdadeiro propósito da chamada “guerra às drogas”. Ela não é e nunca será uma guerra contra as drogas, mas sim contra pessoas. E não quaisquer pessoas, mas sim aquelas pessoas, como sempre, de classe baixa e mais vulneráveis perante a sociedade. Essa classe mostra-se sempre como o alvo principal.

[9] Tendo em vista esse panorama criminológico, é fácil visualizar a figura da teoria criada por Jakobs: o direito penal do inimigo. Os Estados Unidos, e outros países, elegeram como inimigos aqueles ditos-cujos que possuíam algum contato com as drogas, fosse como usuário ou como traficante. Esse envolvimento tornou-se mais importante do que a própria condição de ser humano. Para Jakobs, deve-se fazer a distinção de dois tipos de Direito Penal. Primeiro o é o cidadão, a pessoa, um sistema, no qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma; de outra banda, há de haver um direito penal dirigido aos inimigos, desviantes por natureza, um sistema no qual a pena tem a função de eliminar um perigo concreto, iminente ou meramente passível de acontecer.

[10] É importante lembrar que a partir do momento em que se equiparou o tráfico de drogas à crime hediondo, a legislação foi contaminada pelo direito penal do inimigo, pois aqueles que forem enquadrados como traficantes, passaram automaticamente a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais; passaram a ser o inimigo para o direito penal.

## CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA

**LEANDRO BRESCOVIT:** Assessor Jurídico - Procuradoria Geral do Estado/RS, Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

A busca por estudos de interpretação de normas legais materiais, fatamentente levará à obra de Robert Alexy. Obra ampliativa e que merece apreço. Propõe uma universalidade na interpretação normativa. Contudo, a interpretação, apesar de ser constituída por um núcleo duro, possui lacunas que somente devem ser preenchidas por fatores locais. Antecipando-se à conclusão: diferentemente da sociologia, não há como julgar sem sentir a influência daquilo que se julga.

Um emperísmo de ações, recepções, motivações, desafios e tantos outros elementos cercam a busca pela boa interpretação. Apesar de ser possível uma hermenêutica interpretativa abstrata, o produto é uno, cuja fórmula possui um índice individualizado: concluir é individualizar algo, no caso a norma aplicada ao caso concreto. Em outros termos: o regime fordista não se aplica à lei material. Afora isso, não se conclui por ninguém e sim para si mesmo. Cada cabeça uma sentença. Não poderia ser diferente, pois cada julgador é exposto a situações que lhe são próprias.

Nessa linha de pensamento é que o presente estudo intenta lançar argumentos ao ato de interpretar o produto legislativo, buscando, ao contrário de Alexy, uma diretiva individual; um caminho oposto à universalização. Se alguma universalidade for alcançada, será a uníssonas rebeldia da não padronização do ato interpretativo.

Como pontapé inicial, partimos de uma desmistificação. Qualquer manual de interpretação, fatamente, dirá que o papel do juiz é, diante de um texto abstrato, aplicar a um fato concreto. Tolice. Julga-se o indivíduo perante a norma e não a

norma frente ao indivíduo. Olha-se para a parte, para o fato e, depois, para o texto legal. O objeto de estudo na aplicação da norma é a quem se dirige é não a própria norma.

O que se tem buscado, sem o mínimo de sucesso, é o debate de lei pela lei, pouco importando quem são as partes. Prova disso é que, as exceção das questões de primeiro grau, a grande maioria das discussões é sobre a processualística da lei, não sobre os fatos que circundam os litigantes. É pura forma. Produz uma justiça formal, mas não material.

Para sermos justos, isso não é exclusividade do Judiciário. Assista-se uma sessão plenária da Câmara dos Deputados ou do Senado e se verá que, quase a integralidade dos debates é sobre regimento (norma formar, de procedimento). O conteúdo pouco importa.

Assim como o universo, as causas que agem na interpretação sempre vão se expandindo. Não se busque entender uma decisão jurídica por seus padrões e sim por seu conteúdo, pelo fator temporal, econômico etc. Há de existir determinadas linhas para interpretar, mas não há forma para fazer isso, dadas as múltiplas variantes.

Nessa toada, cremos que grande parte dos problemas interpretativos, no sistema brasileiro, passa por um estrangeirismo desmedido, o qual prega esforços para chegar a um processo absoluto, cujo alcance nunca poderá ou deverá ocorrer. A importação de métodos normativos não podem ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de alcançarmos resultados desastrosos, como esses que se apresentam.

Muito por conta da Globalização, há uma falsa noção de que o mundo, material e culturalmente, é globalizado na sua plenitude. Somente em parte tal assertiva é verdadeira. Há grandes nichos que ainda mantêm suas identidades e regras,

ainda que não normatizada. É regramento implícito, cuja norma escrita não encontra muito eco. A grande virtude do julgador é encontrar essa equivalência, logicamente não interpretando que as novidades sempre são boas e que as normas culturais sempre são ruins.

Se para Savigny o ato interpretativo deve observar o fator gramatical, lógico, histórico e sistemático e Larenz entende pela literalidade do estatuto, o interrelacionamento do significado da lei, a intenção de regulamentação, motivos e pressupostos normativos do legislador histórico, tal não é suficiente. Ao contrário, como dito, tem produzido no ordenamento jurídico brasileiro um fracasso quase absoluto por conta de se buscar uma universalização quando o procedimento deveria ser a individualização. Se cada caso é um caso, não pode ser tratado como situação abstrata, cabível em uma fórmula, com uma interpretação baseada em meia dúzia de itens. Não há como encaixotar um caso *sob judice*. No que toca à norma processual defendemos o oposto: é preciso padronizar.

Nessa toada, é preciso abandonar o regime fordista de sentença, obtendo-se por uma atividade artesanal de dizer o direito. O grande desafio, claro, é conjugar isso com a realidade, onde tramitam milhões de processos, todos com suas individualidades.

Repisando. O que se tem buscado é oferecer um molde ao julgador. Contudo tal não funciona. O máximo que se alcança, como dito, é uma justiça formal. Isso tudo leva ao reverenciamento da norma adjetiva em detrimento da norma material (aquela que faz a Justiça acontecer), situação essa das mais teratológicas. Fosse assim, bastaria indicar o caso fático para uma máquina e o julgamento seria processado de forma imediata.

Dito isso, passamos a elencar os principais fatores que, a nosso sentir, representam mazelas no campo jurídico, bem



como indicativos que deverão circundar uma boa aplicação da norma material.

Infelizmente a maior parte dos julgados trazem em seu corpo decisões jurisprudenciais de instâncias superiores. Na hora de julgar não se consulta os autos. Consulta se já houve pronunciamento nesse sentido pelos Tribunais. O efeito de tudo isso é catastrófico. Perde-se toda a capilaridade de quem primeiro irá se pronunciar em detrimento de uma situação anteriormente julgada, mas que pode não guardar similitude com o caso em comento (eis aí o caso da má aplicabilidade dos precedentes, precedentes esses que tendem a ser a "bola da vez" com o novo CPC).

O lançamento de novos argumentos para deferir ou indeferir um pedido restam abortados, justamente pela busca de um paradigma superior. Como a alternância de entendimento nos tribunais se processa de forma acentuada, o descompasso com as decisões de instâncias inferiores é assustador.

Na mesma senda, a dificuldade de aplicar um critério teleológico quando a mudança se processa a passos muito mais acelerado do que outrora, também é fator primordial. A dificuldade de o Poder Judiciário acompanhar a mudança evolutiva deve ser considerada. Imagina a desarmonia entre uma sentença e um acórdão, com intervalo, por exemplo, 15 (quinze) anos. É a era do MSN x a era do Whatsapp.

Já no campo processual esse pareamento deve ocorrer. Não pode, por exemplo, um recurso deixar de ser admitido por falta de preparo e outro, nas mesmas condições, ter prosseguimento. Isso gera o caos e a revolta causídica. Em verdade a justiça brasileira padece desse mal. Muitos vezes os famosos "embargos auriculares", no campo processual têm maior eficácia do que toda uma doutrina construída. É preciso postura do julgador nesse sensível campo. Adaptar posicionamento para agradar ou desagradar as partes ou seus representantes, além de

ser um puro ato corruptivo, provoca decisões destoantes, em total descompromisso com a processualística.

Já a falta de recurso nas esferas judiciais (ou mau uso dele), por certo, acaba implicando desserviço à Justiça. Assim é que, por falta de quadro de pessoal, acaba-se atribuindo determinados ônus a terceiros que, em verdade, a lei não atribui. O resultado de tudo isso é uma deficiência no ato de julgar, fator que, em muito contribui para a criação de certas teratologias judiciárias. Na teoria o julgador, necessariamente, deveria ser um juiz, devidamente habilitado e legitimado para exercer o mister. Seria direito absoluto das partes receberem a prestação judicial de magistrado. Na prática os atos decisórios são efetuados por pessoas diversas, muitas vezes descomprometidas com o resultado, produzindo-se, como dito, verdadeiras aberrações em forma de sentenças ou acórdãos.

Fator abonatório é o desprestígio da magistratura nas instâncias inferiores. A não paixão de um julgador, no mais das vezes, é motivada pela relativização de suas decisões. O ato modificativo pela instância superior, sem qualquer arremedo, provoca um desmotivação, fazendo com que o magistrado, na lógica de que seus atos serão reformados, acaba copiando o entendimento superior quando o correto seria tentar convencer do acerto de seus atos decisórios.

Já a relativização demasiada das decisões na esfera administrativa é outro fator preocupante. O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não reconhecido pela doutrina, almejou um campo exclusivo de decisões administrativas. Contudo o que se tem é uma judicialização das demandas, fazendo com que as decisões não advindas do Judiciário tenham pouco ou nenhum valor. Cite-se aqui as demandas na área de saúde, na qual apenas formalmente o orçamento é gerida pelo Executivo. Na prática quem define os destinos dos valores é o próprio Judiciário, precarizando com isso as normativas estatais.

Fato que reforça a dificuldade de aplicar o direito é a existência de uma Justiça Estadual e uma Justiça Federal. A criação de uma Justiça Estadual e uma Federal seria satular se tivéssemos um verdadeiro Federalismo. Na prática o que se tem é uma autonomia mitigada dos Estados frente à União, o que acaba refletindo, de certa forma, em um desprestígio da Justiça Estadual. Fator complicador é a existência de Municípios, figura atípica em vários países nos quais o legislador brasileiro se inspirou quando introduziu algumas teorias. Maximizando o caos, a criação do Superior Tribunal de Justiça contribuiu/contribui para a difícil tarefa de aplicação do direito, dada a heterogeneidade do órgão, bem como a influência política a que é submetido.

Fatores menos genéricos não de ser considerados. Todo pedido deve ser levado ao julgador, instruído com aquilo que o requerente ou requerido possui. Contudo a dificuldade de instrução de solicitações faz com que a norma não seja melhor aplicada, tendo em conta a instrução a descontento das partes, ocasionando, um descompasso de realidade.

O jargões de que *da mihi factum, dabo tibi ius* (me dá os fatos, e eu te darei o direito), e no *iura novit curia* (o Tribunal conhece o direito), são temas para aulas introdutórias à faculdade de Direito. Nesse caso é preciso esbofetear Ihering. A luta pelo Direito é menos romântica. Ou o pedido é minunciosamente declinado, com a devida indicação da norma, ou as burocracias judiciais (vide súmulas impeditivas de recursos e tantas outras), serão lançadas. Aplicar o direito, na esfera brasileira, é, acima de tudo, ser aguerrido, com fôlego para ir muito além da primeira instância. Quem pensa de forma diversa fica pelo caminho.

Outra premissa deverá ser observada pelas partes e, se possível, pelo aplicador da norma. Incrédulo ou inocente aquele que conclui que a dimensão econômica não influencia em um julgado. A norma regula interesses. Não fosse assim sua existência estaria comprometida. Desaparecendo o interesse, desaparece a norma escrita. Nenhuma valirante é mais importante

que o fator econômico. As lides, de regra, envolvem pecúnias e sobre esse plano são tratadas. Retirar o valor econômico da interpretação da norma é desprezar os interesses desde o seu nascimento até a sua efetiva aplicação.

Por fim temos, em boa lógica, que não se concebe interpretar a norma no sistema brasileiro sem conhecer como ela é parida. Conhece-se um adulto pela sua gênese infante. Pular essa etapa é apostar na álea e produzir interpretações que levam a lugar nenhum. Aqui os trabalhos legislativos deveriam ser melhor valorizados. Desconhece-se uma única decisão judicial que tenha lançado mão, como argumento, de debates no campo Parlamentar.

Em suma, o que se quis dizer é que não podemos pautar-se pela interpretação da norma por ela própria. O julgador precisa estar atento às inúmeras nuances. Se assim não for, discute-se a consequência e não a causa. Da mesma forma que, se 99% dos recursos forem investidos em presídios e 1% na educação, por certo não se resolverá o problema carcerário, o mesmo se processando com o mundo jurídico. Ou seja, enquanto a norma pela norma for o centro de debate, mais afastados estaremos da justiça.

## **A Fundamentalidade do Direito ao Transporte: O Alargamento do Conceito de Mínimo Existencial à luz do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana**

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

**Resumo:** Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida é apresentada como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais Sociais. Mínimo Existencial Social. Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao Transporte.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana; 6 A Fundamentalidade do Direito ao Transporte: O Alargamento do Conceito de Mínimo Existencial à luz do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e*

*crystalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.*

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2].* Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da*

legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo



sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”<sup>[10]</sup>, tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato<sup>[11]</sup>. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito<sup>[12]</sup>, devido processo legal<sup>[13]</sup>, acesso à Justiça<sup>[14]</sup>, liberdade de locomoção<sup>[15]</sup> e livre entrada e saída do país<sup>[16]</sup>.

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias<sup>[17]</sup>, reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal<sup>[18]</sup>. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o

monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a

*estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”* [25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais [26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento [27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política [28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos,

explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjogou a maioria [36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os

quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana [38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta

do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais<sup>[41]</sup>.

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”*<sup>[42]</sup>. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta



uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

### **5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana**

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares

dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade social como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

Nesta senda de exposição, ainda, o conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, cuida anotar que o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Nessa premissa, cuida reconhecer que o mínimo existencial social se desdobra como uma das múltiplas e indissociáveis órbitas vinculadas ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que atina à realização de suas potencialidades, sobremaneira no que se relaciona aos direitos. Recentemente, o rol do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil sofreu considerável alargamento, passando a abarcar uma plêiade de direitos sociais como fundamentais

ao indivíduo: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” [44]. De maneira reiterada, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos sociais materializam um agir positivo do Estado, devendo, portanto, ser adimplido em favor do cidadão.

**Ementa:** Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 860.979 AgR/ Relator: Ministro Gilmar Mendes/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 06 mai. 2015).

**Ementa:** Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência da criança e do adolescente – Deve estatal resultante da norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível. Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que

qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões constitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo Improvido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 745.745 AgR/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 02 dez. 2014/ Publicado no DJe em 19 dez. 2014).

**Ementa:** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão geral presumida. Sistema Público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF ). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 642.536 AgR/ Relator: Ministro Luiz Fux/ Julgado em 05 fev. 2013/ Publicado no DJe em 27 fev. 2013).

Ora, denota-se que a implementação do mínimo existencial social pressupõe, com claros contornos, a estruturação de políticas públicas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao núcleo duro que sustenta os direitos sociais, dentre o direito à educação e o direito à saúde recebem especial atenção. É preciso sublinhar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Assim sendo, a intervenção jurisdicional, por vezes, encontra justificativa pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à educação e à saúde, precipuamente, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesse e de valores em conflito, a necessidade de prevalência da decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção aos direitos sociais.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de

direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao lado do exposto, tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção dos direitos sociais, de maneira geral, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, em especial a plêiade que compõe o mínimo existencial social. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

### **6 A Fundamentalidade do Direito ao Transporte: O Alargamento do Conceito de Mínimo Existencial à luz do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Consoante se denota da redação do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de

1988, o transporte foi incluído dentre os direitos sociais, compondo, portanto o denominado mínimo existencial social. Ora, a inserção do direito ao transporte no catálogo dos denominados *direitos sociais* guarda relação com o escopo de assegurar a todos uma efetiva fruição de direitos, fundamentais ou não, por meio da garantia do acesso ao local do trabalho, tal como aos estabelecimentos de ensino (em especial no contexto da proteção das crianças e dos adolescentes e formação dos jovens), aos serviços de saúde e outros serviços considerados essenciais. Igualmente, o direito em comento viabiliza a concreção do direito ao lazer e ao exercício dos direitos políticos, assim também permitindo o exercício pleno dos direitos pelos portadores de necessidades especiais e dos idosos. É cristalina, portanto, a densidade que o transporte, na condição de direito social, passa a usufruir, eis que se afigura como meio para o exercício de diversos outros e permite, calcado no superprincípio da dignidade da pessoa humana, o estabelecimento de condições materiais imprescindíveis à fruição de uma vida com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet, ainda, vai destacar que *“quanto à sua fundamentalidade substancial, portanto, poucos provavelmente levantarão suas vozes contra a inclusão no texto da Constituição desse “novo” direito”* [45].

Com efeito, a proeminência assumida pelo direito em comento é notável e de indiscutível imprescindibilidade para a concreção de uma série de outros direitos. Contudo, há que se trazer para o debate que a fundamentalidade que impregna o direito em comento reclama um revestimento formal e outro material, com o escopo de assegurar a imediata aplicabilidade das normas e na proteção privilegiada contra as intervenções advindas do Poder Público. Trata-se, portanto, de uma reflexão necessária para que a incidência plena do direito fundamental ao transporte não fique adstrito aos limites do texto constitucional, sem grande efetividade. No que atina ao primeiro aspecto, qual seja: aplicabilidade imediata do direito fundamental, está em destaque a vinculação direta dos atores estatais ao direito ao transporte que, imperiosamente, em todos os seus níveis de atuação e respeitadas as limitações quanto à competência, assegurar-lhe a máxima eficácia e efetividade.



Sem transporte, a liberdade de ir e vir também fica gravemente comprometida. Impor aos mais pobres uma condenação à imobilidade, seja pelas distâncias, seja pelas tarifas, ao mesmo tempo em que os proprietários de veículos podem usufruir de todos os espaços urbanos, é algo irreconciliável com a ideia de igualdade. Como pode ser compatível o bem-estar com viagens de ônibus cuja duração medida na metrópole paulistana chega a uma hora e vinte e cinco minutos? Que condições tem o cidadão de estudar, de melhorar sua produtividade, de contribuir efetivamente para o desenvolvimento do País, quando duas ou três horas do seu dia são tempo morto, esterilizando em um desconfortável e vagaroso deslocamento urbano? Como falar em segurança ao mesmo tempo em que se impele o cidadão que quer fugir dessa mesma incomodidade e lentidão à roleta-russa que é a condução de uma motocicleta? Em conclusão, o “esquecimento” do transporte, especialmente do transporte dos mais pobres, é o oposto do que aconteceria na sociedade fraterna e justa preconizada pela nossa Carta Magna. E, portanto, é algo que necessita de correção urgente [...] [\[46\]](#).

Em tal universo, ganha especial relevo a discussão orbitante em torno da viabilidade de se assegurar, quer individual, quer transindividual, ao cidadão um direito subjetivo originário ao transporte gratuito, mesmo diante da inexistência de regulamentação legal ou política pública estabelecida pelo Poder Público, ou apenas afixar limitações a tal direito, na condição de posição subjetiva e exigível pela via jurisdicional, a um direito decorrente de prestações. Na segunda situação, há que se analisar o direito de igual acesso ao sistema de transporte já disponibilizado ou mesmo um direito a ser promovido pelo Poder Público por meio de políticas de inclusão em matéria de transporte público, seja mediante subsídios concedidos a empresas

particulares concessionárias, seja por meio de empresas públicas de transporte público. Em ambas as hipóteses impendem o estabelecimento de tarifas diferenciadas e mesmo em caráter gratuito para determinados segmentos, tal como, a título de exemplificação, se verifica para pessoas idosas e portadoras de necessidades especiais por meio da política do “passe-livre”.

Desta feita, ao se reconhecer a proeminência do direito social ao transporte, sobretudo na condição de vetor de realização e concreção de outros direitos, faz-se necessário ponderar que, como um direito subjetivo originário, há de ter caráter excepcional, diretamente vinculado ao mínimo existencial social e, por extensão, integrante da extensa, porém imprescindível, rubrica da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a fim de assegurar a incidência harmônica do Texto Constitucional, a imposição aos particulares do ônus de sustentar, sem qualquer contrapartida que assegure a manutenção da empresa, a aquisição e manutenção dos meios de transporte, além de arcar com os gastos com os funcionários e demais despesas incidentes, não se apresenta como solução compatível com o ordenamento e de, qualquer forma, desencadearia no abandono completo da via negocial, com graves consequências, inclusive, para a acessibilidade dos cidadãos. Requer-se, portanto, em prol da concreção do direito social ao transporte uma complexa e sistêmica abordagem e que reúna um conjunto de ações coordenadas de aspecto legislativo e administrativo, bem assim uma articulação em nível federativo e equacionamento no plano tributário, orçamentário e financeiro.

#### REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal.** Parecer nº 335, de 23 de abril de 2014. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 74, de 2013, que tem como primeira signatária a Deputada Luiza Erundina, que dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In:* CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. **Revista Consultor Jurídico**, 25 set. 2015. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

NOTAS

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.



[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da República Federativa do Brasil)**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[45] SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. **Revista**

**Consultor Jurídico**, 25 set. 2015. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

[46] BRASIL. **Senado Federal**. Parecer nº 335, de 23 de abril de 2014. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 74, de 2013, que tem como primeira signatária a Deputada Luiza Erundina, que dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: . Acesso em 26 mar. 2016.

## UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL E A CONTRIBUIÇÃO DOS SINDICATOS

**DINAMARES FONTES DE SANTANA:** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - AGES. Auxiliar de departamento pessoal.

**RESUMO:** O presente artigo vem nos proporcionar uma visão acerca do “princípio da unicidade sindical”. Serão abordadas as questões sobre a base territorial mínima, conceito de categoria e sindicato. Desta forma será feito um esboço minucioso acerca do princípio da unicidade sindical e a base territorial mínima, na qual serão analisados partindo de conceitos por doutrinadores da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** sindicato, categoria, princípio, contribuição.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O princípio da unicidade sindical, na qual, a sua base territorial mínima é o município por ter deliberação do órgão assembleia geral.

Desta forma é realizada uma votação para ser eleito um município para ser a base territorial mínima de uma categoria ou atividade econômica, assim não poderá ser criado outro sindicato nessa mesma base, mas somente em outro município.

Os sindicatos ou associações poderão ser criados, de acordo com o (art. 8º CF), o autor Pastore afirma que “A sociologia sendo o início de novas relações de trabalho, e que tiveram novas alterações de leis para beneficiar o empregado como: a atuação do sindicato”. O sindicato tem sua estrutura interna que são: assembleia geral, conselho fiscal, e diretoria. Entretanto se faz necessário ao logo deste artigo abordar as questões relacionadas à unicidade sindical e sindicato.

### 2. UNICIDADE SINDICAL X SINDICATOS

A unicidade sindical é a possibilidade de apenas a criação de um sindicato em uma base territorial, sendo um sistema em que os interessados unem-se para formar sindicatos. É nesta linha de

pensamento que rege o princípio da unicidade sindical de acordo com o art.8º inciso 2 da constituição federal, em que, não há possibilidade da criação de mais de uma organização em qualquer grau numa mesma base territorial incluindo as federações e as confederações representativas de categoria profissional ou econômica.

Segundo Martins “A constituição dispõe que o sindicato é único não podendo ter base territorial inferior ao município” (pinto, pag.726). Portanto há possibilidade de apenas um sindicato em certa base territorial, assim a CF impede a possível criação de mais de um sindicato numa mesma base territorial.

Segundo Martins “O sindicato único seria mais forte, pois se existisse vários sindicatos não existiriam unidade de representação e não teriam poder de pressão”.

O sindicato origina-se do latim “syndicus”, portanto surgindo a denominação sindicato, esta sendo a associação de pessoas físicas ou jurídicas que tem por fim atividades profissionais ou econômicas, na qual, visam à defesa dos interesses não só individuais, mas coletivos dos trabalhadores ou empregadores. É importante citar que a contribuição sindical é obrigatória, já que a mesma é de natureza tributaria.

O (art.511º, CLT) aborda sobre a organização do sindicato, O sindicato tem algumas funções como: representar categoria e regulamentar os estabelecimentos das normas coletivas, nas convenções e acordos coletivos, entre outros, este que vem defender algumas garantias dos empregados que trabalham em uma determinada empresa como: férias, salário, etc. já os associados podem desfrutar de algumas contribuições que o sindicato oferece como: assistência medica dentista, clube, entre outros. Com a utilização desses serviços será descontado na folha de pagamento do empregado, ou os empregados podem contribuir com um dia de trabalho sendo uma jornada normal de trabalho.

Segundo Venesiano “O sindicato tem como base territorial mínima um município, a federação organiza-se no âmbito estadual sendo formado de no mínimo cinco sindicatos das mesmas atividades ou profissões parecidas”.

Quanto as contribuição sindical expõe o (art.578° CLT), este recolhimento será efetuado no mês de abril de cada ano para empregados e trabalhadores avulsos, já os trabalhadores autônomos serão em fevereiro.

### **3. DISSÍDIOS COLETIVOS E CATEGORIA**

Observa-se no (art.8° CF), na qual menciona sobre a organização sindical por categorias. Segundo Martins “categoria é o conjunto de pessoas que tem interesses profissionais ou econômicos em comum, decorrentes de identidades ligadas ao trabalho”.

Desta forma a categoria é a organização de um grupo econômico ou profissional, através das determinações políticas do estado. Assim temos a categoria econômica e a categoria profissional, a primeira trata-se de solidariedade nos interesses econômicos dos que empreendem atividades similares como, por exemplo: hotéis e restaurantes, ou seja, são empresas que é de ramos diferentes, mas de ramos que se parecem.

Diferentemente da categoria profissional que existe similitude de vida proveniente da profissão ou trabalho em comum, casos de empregos na mesma atividade econômica. Temos a categoria diferenciada o art. 511 parágrafo 3° CLT, que defini como empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas, deste modo ocorrendo à formação de um sindicato por profissão, por exemplo: motorista. Há doutrinadores que afirmam que o sindicato por categoria é contrario ao principio da liberdade sindical, pois admite somente a criação de sindicatos dentro das referentes categorias traçadas pela lei.

No dissídio coletivo é a criação de normas de trabalho para a categoria, assim a justiça do trabalho irá criar novas possibilidades para novas condições de trabalho.

Segundo Veneziano “Paralisação das atividades ou tentativas de negociações frustradas, ou ainda sobre representação sindical, serão julgados pela justiça do trabalho, pelo TRT, ou pelo TST, Conforme a abrangência

territorial do conflito”. (VENESIANO, pag.228, 2011).

O dissídio coletivo inicia através de uma petição inicial, estando expostas as reivindicações, os que têm legitimidade para propor o dissídio são: os sindicatos, as federações, ou confederações entre outros.

É possível observar determinados requisitos para validade do negócio jurídico como expõe o art.104 cc, que na falta de qualquer desses elementos o contrato será nulo. Na celebração do contrato que causa obrigações entre as partes, constituindo no objeto imediato do contrato e possuindo uma composição de interesses, essa obrigação consiste em uma relação jurídica, já que a todo instante o ser humano compra e vende havendo um compromisso de fazer algo para alguém, e com isso receber algo em troca assim gerando uma obrigação entre as partes. Entende-se por obrigação uma idéia de dever cujo descumprimento gera conseqüência para todos envolvidos.

Dentro do negócio jurídico está o plano da existência, na qual é de grande importância, pois adentram todos os fatos jurídicos que são: a validade, eficácia e a existência, são categorias diferenciadas no mundo jurídico, assim o contrato pode existir, mas não ter validade por não preencher os requisitos, por exemplo: o agente capaz, ou o contrato pode existir e ser válido, mas ineficaz.

De acordo com Maria Helena Dinis “o contrato como negócio jurídico é um fato criador de direito, pois as partes contratantes acordam que se deve conduzir de determinada maneira uma em fase da outra”. Então uma pessoa que for lesada nessas relações, terá de modo uma proteção.

O contrato pode requerer outros elementos como, por exemplo, no caso da compra e venda que são: a coisa, preço e consentimento. A obra “a arte da guerra” mostra alguns elementos essenciais para ir a uma guerra, que são: o território, o clima, entre outros. Caso o clima não seja favorável não terá como ir para uma guerra e obter uma vitória, assim sendo com os contratos tem que obter os elementos indispensáveis para compor o contrato na falta

de algum desses elementos não será possível concluir com um contrato.

Portanto o contrato é uma modalidade do negócio jurídico que gera obrigações entre as partes e estar presente no dia-a-dia do individuo sendo de fundamental importância para as relações em sociedade seja numa simples compra de uma bala etc.

#### **4. O CONTRATO E SUA FORMAÇÃO**

A todo o momento deparamos com vários anúncios, ofertas entre outros, que se trata de uma proposta esse representa apenas uma vontade, pela qual uma pessoa o (proponente) propõe a outra (o oblato) a compra de algo para terminação de um contrato, Art. 427 cc. A proposta é um dos requisitos para a formação do contrato é uma declaração manifesta de uma vontade que obriga o ofertante a assumir a responsabilidade quanto à sustentação e validade do negócio.

“A proposta feita ao publico em vitrines, catálogos, anúncios, etc. tem que obter informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresenta” (venosa pag.505, 2009)

A segunda fase para a formação do contrato caracteriza-se no momento que houver uma negociação, existindo duas vontades entre as partes, e a terceira fase é quando há uma aceitação, na qual só terá o contrato pela aceitação. A aceitação se manifesta quando a pessoa aderir à proposta feita pelo o policitante, sendo expressa ou tácita concordando com os termos propostos, assim terá um contrato. Pois para existir um contrato são necessários duas vontades e um acordo.

Observa-se que para ter uma guerra, é necessário formar um exercito, na qual o autor cita que “dois homens são um par, um par mais um trio fazem cinco, que é um esquadrão, dois esquadrões formam uma seção, cinco seções, um pelotão”. E assim por diante até formar um exercito, podendo comparar com o contrato, na qual, terá primeira a proposta, depois à negociação e por fim a aceitação.

Desta forma cada um terá uma função específica para poder formar um contrato, pois quando não há uma aceitação não poderá formar um contrato, já que é necessário ter uma aceitação para se ter um contrato, assim como é necessário formar um exército para ter uma guerra.

## **5. OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O CONTRATO**

São vários tipos de princípios que conduzem em cada espécie de contrato, temos o princípio da boa-fé que incumbe as partes contratantes agirem com lealdade, de acordo com o art.442 CC.

Segundo Venosa “A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração ou a vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato, será analisado em cada caso se o descumprimento decorre de boa-fé ou má-fé”.

Portanto este princípio ajuda o indivíduo a buscar seu direito, se provado que uma das partes agiu de má-fé pra não cumprir o contrato. Temos outro princípio fundamental que é a função social a base desse princípio esta na igualdade, a fim, que a liberdade de um dos contratantes seja “igual” para todos, portanto criando imposições de deveres que tornem o contrato conforme ao bem comum, (art. 421cc).

De acordo com Humberto “o contrato enfim não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, mas tem sua convenção de respeitar os interesses sociais, onde seus efeitos irão refletir”.

Diante do exposto o princípio da função social não esta voltado apenas para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para reflexos perante terceiros sendo no meio social.

Temos a obrigatoriedade, *pacta sunt servanda*, (o contrato faz lei entre as partes) o contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, utilizando a obrigatoriedade, na qual, o contratante será obrigado a cumprir o contrato ou indenizar por perdas e danos.

Entretanto numa guerra à essência é a rapidez, os princípios gerais aplicáveis a uma força invasora, na guerra o objetivo



principal é a vitória, para tanto eles contratam agentes secretos para infiltrar-se, assim quem não for sábio e prudente, humano e justo não se pode valer de agentes secretos, portanto é necessário examinar o caráter do espião para saber se ele é sincero, confiável etc. Esta é a função dos princípios dentro do contrato é necessário examinar se o contrato que uma pessoa possivelmente for aderir é confiável, ou quando houver um contrato firmado entre as partes, já que o objetivo principal de um contrato formado é o cumprimento, se o mesmo agiu de forma leal (boa-fé).

Entretanto trata-se de alguns princípios que fazem parte de um contrato, a partir do momento que o indivíduo se obriga a cumprir algo, que esteja estipulado no contrato firmado, tem a lei para acolher e obrigar o mesmo a cumprir de forma leal.

## **CONCLUSÃO**

Portanto o contrato é de tal importância para a sociedade e está contribuindo para as relações sociais, pois sem o mesmo seria um caos, já que ninguém iria querer cumprir com o acordo firmado.

São várias espécies de contratos entre eles o de compra e venda, locação, prestação de serviços, entre outros. Desta forma o contrato faz parte da “rotina” do indivíduo, pois cada pessoa em algum momento já fez uma negociação, seja pela internet, telefone ou pessoalmente.

Foi possível observar a relação da obra “a arte da guerra” com a disciplina teoria geral dos contratos, já que ambas antecipam o que poderá vim a ocorrer numa guerra e num contrato.

## **REFERENCIAS:**

JUNIOR, Humberto Theodoro: O contrato e sua função social, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo: teoria geral das obrigações e teoria geral contratos, São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

BARBOSA, Fernanda Nunes: Informação direito e dever nas relações de consumo, São Paulo, Ed revista dos tribunais, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes: teoria do fato jurídico: plano da existência, São Paulo, Ed saraiva, 2008.

SUNTZU: a arte da guerra, Rio de janeiro, Ed paz e terra, 1996.

MACHADO, Costa: código civil interpretado, São Paulo, Ed Manole, 2009.

## INTERNET: INFEDELIDADE VIRTUAL

### **DINAMARES FONTES DE SANTANA:**

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - AGES. Auxiliar de departamento pessoal.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade abordar sobre a internet fazendo uma breve análise sobre seu surgimento, discorrendo sobre a infidelidade virtual e o adultério apresentando as diferenças de ambos, bem como, a indenização decorrente do dano moral pela prática da infidelidade virtual, serão discutidos sobre a prova lícita ou ilícita, partindo de conceitos por doutrinadores da matéria e jurisprudência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Infidelidade Virtual, dano moral, Adultério, Prova, indenização, Internet.

---

### 1- INTRODUÇÃO

É perceptível como a internet está presente no cotidiano das pessoas, sendo muito importante na sociedade moderna, pois permite aos indivíduos gozarem de serviços de informação ajudando a interagir com pessoas para a realização de negócios, pesquisas, comunicação para relacionamentos, entre outros. Nesse contexto, será feito um breve escopo quanto ao surgimento da internet, sendo devido à de Rand Corporation que elaborou um sistema de telecomunicação garantindo que um ataque nuclear russo não obstruísse a corrente de comando dos Estados Unidos em 1969, pelo meio do Projeto Arpanet da Agência de Projetos Avançados do Departamento de Defesa Norte-Americano, logo em seguida, criaram-se pequenas redes locais. Por conseguinte, em 1973, Vinton Celf do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia, registrou o projeto de controle de transmissão/protocolo internet, sendo um código assentia aos várias networks incompatíveis por programas e sistemas comunicar-se entre si. Contudo a World Web, permitiu a internet transforma-se em ferramenta

de comunicação de massa, surgiu em 1989, no Laboratório Europeu de Física, sediado em Genebra, um meio de comunicação interligando milhões de microcomputadores no universo e admitindo o acesso há uma abundância de conhecimentos quase inesgotáveis, destruindo a distância, o tempo e lugar.

Atualmente, a internet colabora definitivamente para o avanço nos processos de comunicação, possibilitando a aproximação de pessoas distintas, ou seja, a Internet promoveu na área das relações conjugais, a traição, facilitando o ato de se relacionar por meio de sites de relacionamento, e-mail, Orkut, entre outros. Os sites de relacionamentos tem por intuito aproximar as pessoas, instituir vínculos e podem muitas das vezes acarretar em relacionamentos e possíveis infidelidades.

## **2- DIFERENÇA ENTRE INFIDELIDADE VIRTUAL E ADULTÉRIO.**

A infidelidade virtual é um relacionamento erótico-afetivo cultivado por meio da internet, nesse momento, o virtual torna-se verdadeiro, e devido a esse laço afetivo que é constituído pela cumplicidade e intimidade adquirida no espaço virtual induzem ao casal ao contato físico. A distinção entre infidelidade material e moral importa para caracterizar a infidelidade virtual, sendo está uma forma de infidelidade moral, na relação virtual estabelece um laço erótico-afetivo platônico cultivado a distância por meio de um computador, assim, a pessoa afasta-se do seu espaço imaginário para se relaciona com uma pessoa do outro lado do computador, podendo ser pessoas de cidades distintas, mas que, encontrar-se lá e corresponde.

A infidelidade virtual é tida como um relacionamento virtual feita por pessoa comprometida, ou seja, casado ou mantenha união estável, a qual incide em conhecer diferentes experiências afetivas e/ou sexuais com pessoa estranha a afinidade estável ou conjugal.

Nota-se que o sujeito casado ou que sustenta uma união estável, ao próprio tempo que mantém um relacionamento erótico-afetivo virtual, está cometendo infidelidade virtual, na qual, somente se transformara em adultério se existir a concretização do relacionamento,

ou seja, havendo relações sexuais consuma-se o adultério podendo ensejar na dissolução do casamento ou união estável.

Desse modo, violando os deveres do casamento, de acordo com o art.1566, inciso I, do CC, dispõe sobre deveres dos cônjuges entre eles fidelidade recíproca, sendo um dever de ordem moral que os cônjuges necessitam estar atento em nome do bom senso e da constância da sociedade conjugal, assim, o adultério é um dano resultante da violação de um dever conjugal.

Segundo Madeleno O adultério tem como pressuposto necessário à existência de um casamento vinculado qualquer dos participantes da relação carnal a uma terceira pessoa, e se configura ante a presença de um elemento físico, e outro moral, a vontade culpável. (pag.13, 2006). Assim, o adultério é a conjunção carnal entre duas pessoas de sexo diferente, uma das quais, vinculada a um terceiro pelo laço matrimonial.

Portanto a fidelidade compõe respeito mútuo de um juízo de valor emanado do social, que autoriza a imposição de norma limitadora ao instinto de liberdade, tendo, o dever de lealdade entre os partícipes sob o aspecto físico e moral. No entanto muitas são as causas que motivam os relacionamentos virtuais, uns usam com o intuito de vencer a solidão, o tédio do dia-a-dia do cotidiano ou para preencher carências afetivas, ou procuram os relacionamentos virtuais para fugir da relação pouco gratificante que vivem na realidade.

### **3- DANO MORAL DECORRENTE DO ADULTÉRIO E INFIDELIDADE VIRTUAL.**

Tendo como base a disciplina direito civil VI, em que aborda sobre a responsabilidade civil, sendo uma aplicação de medida que impõe alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em motivo de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde (responsabilidade subjetiva) ou simples imposição legal (responsabilidade objetiva). A internet ocasionou o nascimento dos relacionamentos virtuais, ou seja, a infidelidade virtual, que trouxe consigo ao ordenamento jurídico muitas

indagações e polêmicas quanto a sua aplicação, sobre possível indenização por dano moral entre outros.

O dano moral deve ser entendido como aquela ofensa à intimidade da pessoa, com repercussão social, cujo motivo não seja provocado por perda pecuniária. O dano moral decorrente do adultério deve ser indenizado, uma vez que a humilhação e sofrimento precisam ser reparados, o adultério enseja sofrimento com resultados extremamente negativos para o cônjuge traído, que não são reparados com perda do direito à utilização do sobrenome.

Assim, para demandar o pleito indenizatório, o autor da ação precisará reunir todos os elementos que fundamente o seu pedido, pois não será suficiente ao ofendido evidenciar exclusivamente a dor, a angústia pela qual passou devido um ato ilícito de terceiros, com isso, temos o art. 5º, X da Constituição Federal, na qual, dispõe sobre o dano moral.

O art. 5º, inciso X, em consonância com os art. 186 e 927 CC, dispõe sobre a responsabilidade civil sendo suficiente para configurar o direito a indenização por dano moral ao cônjuge traído, uma vez, que todo ato ilícito implica obrigação de indenizar. No entanto compõem elementos imprescindíveis à caracterização do ato ilícito, o fato lesivo voluntário, a ocorrência de um dano, e nexos de causalidade entre o dano e comportamento do agente.

O ato ilícito ou dano injusto decorrente de conduta humana, o dano e o nexos de causalidade são elementos caracterizadores para ensejar o dano moral, comprovadas a culpa ou a prática de um ato ilícito (art. 927, CC), o agente deverá indenizar não só os danos psíquicos, mas, também os morais decorrentes de tais agressões.

Segundo Madeleno, O mesmo ato ilícito que deu causa à separação judicial, ou seja, o adultério, poderá também legitimar, uma ação indenizatória dos danos morais sofridos pelo cônjuge inocente, decorrente da vergonha e humilhação. (pag.18, 2006)

Percebe-se que o dano moral decorrente de adultério está cada vez presente no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, não pode ter em mente a questão de atribuir um valor às relações de

afeto, ou o ressarcimento do sofrimento daquele que foi enganado em tal relação, pelo contrário, a finalidade é exatamente o mesmo quando pleiteado o dano moral em qualquer outra circunstância, qual seja, uma compensação monetária para aquele direito (honra subjetiva) que foi violado.

A prática do ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem moral ou material. (Zimmerman, 2010. Pag.515).

Assim a culpa é entendida pela infração a determinados deveres conjugais ou por conduta desonrosa, por isso o próprio ato ilícito que produziu causa a separação judicial, poderá legitimar também uma ação indenizatória dos danos morais sofridos pelo cônjuge inocente decorrente da vergonha humilhação, a reparação pecuniária constitui o reconhecimento de que a compensação proveniente de dano moral exerce a função de caráter de pena, visando coibir o adultério e tem a função de satisfação em relação à vítima.

Um ponto a ser questionado, no momento que a infidelidade virtual fica somente entre trocas de e-mail, webcam, é possível configurar traição para assim gerar indenização, hoje em dia parte da doutrina já acolhe a ocorrência de adultério virtual, que não estabelece nenhum contato físico anterior, os amantes podem até morar em Estados ou Países distintos e não se conhecerem no mundo real, mas embora não estejam unidos fisicamente, o pensamento íntimo com completa revelação dos sentidos alcança em muitos casos o orgasmo, sendo possível por meio da masturbação quando tem uma visualização transmitida pela câmera e conectada ao computador (Webcam), a reprodução dessas imagens alcança a realidade, restando assim, fragilizado o argumento da inexistência de traição.

Diante de tais questões sendo pertinente este julgado:

EMENTA: DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS INFIDELIDADE - SEXO VIRTUAL (INTERNET) - COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS - OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO - DEVER DE INDENIZAR - EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - PEDIDO JULGADO PRECEDENTE, HOMEM VAI INDENIZAR EX-ESPOSA PORQUE COMETEU INFIDELIDADE VIRTUAL (26.05.08) Um ex-marido infiel foi condenado a pagar reparação por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 porque manteve relacionamento com outra mulher durante a vigência do casamento. A traição foi comprovada por meio de e-mails trocados entre o acusado e sua amante. Para o juiz, "o adultério foi demonstrado pela troca de fantasias eróticas". A situação ficou ainda mais grave porque, nessas ocasiões, o ex-marido fazia - com a "outra" - comentários jocosos sobre o desempenho sexual da esposa, afirmando que ela seria uma pessoa "fria" na cama. "Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante", afirma a sentença. As provas foram colhidas pela própria esposa enganada, que descobriu os e-mails arquivados no computador da família. Ela entrou na Justiça com pedido de reparação por danos morais, alegando ofensa à sua honra subjetiva e



violação de seu direito à privacidade. A sentença é da 2ª Vara Cível de Brasília e está sujeita a recurso de apelação. , conclui. (Proc. nº 2005.01.1.118170-3 com informações do TJ-DFT). STJ, RESP 978475/ MG). Disponível em: [www.jusbrasil.com](http://www.jusbrasil.com)

Em suma, o dano moral provocado pela infidelidade virtual, é resultado do descumprimento do dever conjugal, da comunhão plena de vida pautada, no respeito recíproco, ensejando ao consorte a dissolução culposa configurando ato ilícito com previsão de indenização como pressuposto da responsabilidade civil, haja vista, o caráter ressarcitório do comportamento infiel, e agressivo a honra da pessoa traída. A função do dano moral é tripla compensatória, punitiva e preventiva, de modo que a indenização deve garantir ao ofendido uma compensação pelo sofrimento. Geralmente ocorre é já ter havido um contato prévio, e que acaba sendo evidenciado por meio de cartas, correspondências, e-mail e de conversas em comunicadores pessoais.

Diversamente, ocorre com a falta de autorização do outro cônjuge, ou companheiro sobre o acesso a sites de cunho sexual, com envolvimento de terceiros

#### **4- PROVA LICÍTA E ILÍCITA NA INFEDELIDADE VIRTUAL.**

Sabemos que a constituição assegura o direito a privacidade e intimidade, e não admite a prova obtida por meio ilícito a art. 5º, inciso LVI da CF. Segundo Vacim, A questão da privacidade no mundo virtual adquire então uma dimensão maior, a privacidade na internet é mais privativa do que no mundo real e sua violação representa um enorme dano, como se a invasão operasse no ego da própria da pessoa.( pag.111, 2011).

Assim tendo como base a disciplina direito processual penal II, na qual, discorre sobre a questão da prova licita ou ilícita, no caso do cônjuge infiel manter a comunicação virtual através de um computador de uso familiar, sem uso de senha obtenção desta prova através da entrada no correio eletrônico não pode ser considerada invasão de privacidade pois o usuário não tomou as

devidas precauções para preservar a intimidade, sendo uma prova lícita do cônjuge traído, há inúmeros casos em que as provas obtidas pelos meios eletrônicos têm sido utilizadas como forma de instruir os processos de separação e divórcio, devendo ser respeitada a invasão de privacidade e se a prova obtida pelo meio lícito, o simples descumprimento do dever de comum e que não exija senha de uso pessoal para o acesso das informações, com o objetivo de respeitar a privacidade, através da infidelidade virtual pode ser comprovado pelas cópias de e-mails e mensagens em sites de relacionamento que estejam gravadas e disponíveis em um computador que seja de uso comum. cônjuge vítima da traição tem toda sua vida emocional abalada pelo fato, sendo o sofrimento inquestionável, acabando com a segurança afetiva da vítima em seu casamento, sendo motivo causador da separação. O dano moral foi causado. Porém no caso do cônjuge usar senha de acesso é a prova for obtida sem o seu consentimento, está será considerada uma prova ilícita de acordo com o art. 157 do CPP, Segundo Pacelli, A prova ilícita é aquela obtida, produzida, introduzida e valorada de modo contrario a determinada ou especifica previsão legal. (2012, pag. 313). Desta forma a ilicitude ocorre por violação aos direitos a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade individual entre outros.

APELAÇÃO CÍVEL.  
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE  
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.  
INFIDELIDADE VIRTUAL.  
DESCUMPRIMENTO DO DEVER DO  
CASAMENTO. PROVA OBTIDA POR MEIO  
ILÍCITO. PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE. PREPONDERÂNCIA  
DO DIREITO INTIMIDADE E À VIDA  
PRIVADA. O dever de reparar o dano advindo  
da prática de ato ilícito, tratando-se de ação  
baseada na responsabilidade civil subjetiva,  
regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o  
exame da questão com base nos pressupostos

da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada à luz o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesse em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligida, porquanto viola direito fundamental à intimidade e à vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. APELO DESPROVIDO. (TJRS – Apelação nº: 70040793655 - Data do Julgamento: 30/03/2011 - Data da Publicação: 11/04/2011 - Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler.

## **5- CONCLUSÃO**

Diante de tais argumentos tivemos uma visão abrangente acerca do direito agrário, que é norteado pela constituição federal e o estatuto da terra bem como a reforma agraria e sua finalidade. Foi perceptível que o instituto da propriedade rural e urbana pode ser desapropriado quando não cumpre sua função social.

Por fim, foi um estudo que contribui muito para um conhecimento aprofundado das disciplinas: direito agrário e urbanístico, direito administrativo I, direito administrativo II.

### **REFERENCIAS:**

OPTIZ, Silvia: curso de direito agrário. Saraiva 2011, São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia: curso de direito administrativo. Atlas, 2012, São Paulo.

MEIRELLES, Hely Lopes: direito administrativo brasileiro. Malheiros, 2010 São Paulo.

MECUM, Vade: revista dos tribunais, 2010, São Paulo.

## **Escrituração contábil inexistente, atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa e o redirecionamento na Execução Fiscal em face do administrador e/ou do contador**

**LEANDRO BRESCOVIT:** Assessor Jurídico - Procuradoria Geral do Estado/RS, Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

Há três modos de dissolução de empresa, a saber: distrato, dissolução irregular e falência.

No que toca à primeira opção, não havendo obrigações com terceiros, efetuado o distrato, não remanescem obrigações dos administradores nem do responsável pela escrituração fiscal da empresa. É a forma ordinária e natural do desfazimento do empreendimento. Aquilo que se contratou, no ato se desfaz<sup>1</sup>.

Na segunda opção e, de regra, por haver obrigações tributárias a serem adimplidas, dá-se a dissolução irregular da empresa, cuja responsabilidade dos sócios-gerentes emerge da não localização do empreendimento no endereço indicado no contrato social.

Nesse sentido, a jurisprudência:

**TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COMPROVADA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. RETORNO DOS AUTOS. 1. Não é omissa o aresto que examina exaustivamente os documentos constantes dos autos e decide de forma fundamentada, apesar de contrária à pretensão do recorrente. Inexistência de violação do art. 535, II, do CPC. 2. Quando a sociedade se extingue irregularmente, como no caso, cabe responsabilizar o sócio-gerente, permitindo-se o redirecionamento. Assim, é dele o ônus de provar não ter agido com**

dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Precedentes (...).4. Recurso especial provido (RESP 1091301/RS, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 03/11/2009, DJE 11/11/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS – EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR COM FUNDAMENTO EM CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA – SÓCIO-GERENTE – REDIRECIONAMENTO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 135, INCISO III, DO CTN – POSSIBILIDADE. (...) 2. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 3. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, impõe-se a responsabilidade tributária do sócio-gerente, autorizando-se o redirecionamento, cabendo ao sócio-gerente provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. 4. A empresa que deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social arquivado na junta comercial, desaparecendo sem deixar nova direção, comprovado mediante certidão de oficial de justiça, é presumivelmente considerada como desativada ou irregularmente extinta. (EDCL NOS EDCL NO RESP 1089399/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 15/10/2009, DJE 23/10/2009).

Suplantando entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 435, nos seguintes termos: *"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes,*

*legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".*

Ressalte-se que a legitimação passiva (matéria de direito processual) daqueles com poderes de gestão, em execução fiscal, independentemente da inclusão de seus nomes nos títulos, decorre, de seu lado, dos seguintes preceitos legais: artigos 4º, V e § 2º, da Lei nº 6.830/80; artigo 109, artigo 121, parágrafo único, II, artigo 124, II e artigo 135, e III, do CTN; artigo 568, V, do CPC; artigo 1.001 do CC; artigo 10 e 16 do Dec. nº 3.708/19.

Tanto na primeira opção (distrato), quanto na segunda (dissolução irregular), tratando-se de imposto devidamente apurado e, estando pendente o pagamento, a responsabilidade do contador inexistente, pois o não adimplemento da obrigação principal é fato que é alheio à vontade desse.

Por fim, o processo de falência é a terceira alternativa para o desfazimento do empreendimento. De regra, aberto o processo e, não havendo irregularidades no empreendimento (indicação de que o fracasso comercial deu-se por ato adverso da vontade de seus administradores), não emerge responsabilidade por débitos tributários em aberto, estando resguardado o patrimônio pessoal de seus dirigentes, não havendo responsabilidade do contador.

Contudo, há hipóteses em que, seja por culpa direta, seja por culpa indireta, podem os gestores ser responsabilizados, de forma pessoal, pelos débitos tributários a descoberto. Trata-se na espécie de indícios de crimes falimentares consistentes na escrituração contábil inexistente, atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa, devidamente apontados no processo falimentar. Vale salientar que dita responsabilidade emerge, independentemente de condenação penal.

Intenta o presente estudo debater-se com o tema, objetivando delimitar-se as responsabilidades dos gestores, apontando eventuais excessos judiciais, bem com indicando a

responsabilidade dos contadores, apontando-se, ainda, eventuais omissões ocorridas dentro do processo falimentar.

Inicialmente analise-se as condições dos administradores.

Conforme art. 1.179 do Código Civil Brasileiro “*O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico*”. Assim, o simples fato de os administradores não terem procedido à escrituração contábil ou a terem apresentada de forma deficitária, engendra a responsabilização destes por descumprimento da lei.

Na espécie, incide o disposto no art. 135, inciso III, do CTN, que assim dispõe, verbis “*São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes as obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos: (...) os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*”.

Evidenciada, portanto, a falência da devedora com a ocorrência de indícios de crime falimentar, e sem que haja condições de satisfazer-se o crédito executado, envereda-se para a responsabilização pessoal daqueles que estavam à testa do empreendimento.

Nessa linha segue a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INADMISSIBILIDADE. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. FALÊNCIA. (...) 2 - Configurados indícios da existência de crime falimentar, resta preenchido requisito necessário para a responsabilização dos

sócios, porquanto tal fato subsume-se na hipótese de infração de lei. [...]”. (AgRg nos EDcl no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.052.670 - RS (2008/0115649-9) RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA, 03/04/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DIRETOR. ATIVIDADES DE GERÊNCIA. CRIME FALIMENTAR. ART. 135, III, DO CTN. COMPROVAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. “Conforme restou apurado no inquérito judicial e junto ao processo falimentar, a empresa falida, administrada por todos os denunciados acima nominados, não possuía o Livro de Registro de Duplicatas embora as emitisse em profusão. A exigência obrigatória desde livro está prevista na Lei nº 5.474 de 18 de julho de 1968, e sua inexistência constitui crime falimentar consoante dispositivo expresso na lei específica, de responsabilidade de todos os sócios comerciantes, mormente os detentores de poderes de administração e gerência.” (...). Ora, a inexistência de livro obrigatório é ilícito de fácil comprovação. Daí que sua descrição, na denúncia, sem qualquer contestação pelo Apelante, que, aliás, na petição inicial dos embargos, alegou que a falta deste livro corresponde a erro meramente formal (fl. 13), é suficiente para reconhecer a prática de ato ilícito aos efeitos da responsabilidade do diretor, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. (...) Com efeito, havendo, na ação de execução, prova suficiente da prática de atos ilícitos, que, no caso, não resulta da dissolução irregular, mas da prática



de ato ilícito comprovado, é cabível o reconhecimento da responsabilidade do sócio-gerente, não condicionando a lei tributária a responsabilidade à condenação criminal pela prática de ilícito. (REsp 864.627/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 8.5.2008, p. 1).

Com efeito, assumir a direção de uma sociedade implica, necessariamente, a observância de deveres legais, como o de manter os livros obrigatórios. Comprovado que houve descumprimento à lei e ao contrato, porque não mantida regularmente a escrita fiscal, entende-se por responsabilizar, pessoalmente, os gestores.

A ocorrência de ilícitos na administração da empresa configura ato contrário à lei, importando, por conseguinte, na responsabilização dos gestores, relativamente aos débitos pendentes, em face dos seguintes dispositivos, verbis:

Ar. 4<sup>a</sup>, V e § 2<sup>o</sup> da Lei 6830/80 *“Art. 4<sup>o</sup> - A execução fiscal poderá ser promovida contra: V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado (...) § 2<sup>o</sup> - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”*.

Arts. 109,121, parágrafo único, II; 135,III do CTN *“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”*; Art. 121. *“Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se (...) II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”*; Art. 135. *“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações*

*tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (...) III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".*

Arts. 10 e 16 do DL3708/19 (texto original) "*art. 10 Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei"; "Art. 16 As deliberações dos socios, quando infringentes do contracto social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada áquelles que expressamente hajam ajustado taes deliberações contra os preceitos contractuaes ou legaes."*

Outrossim, apenas para fins históricos, tal obrigação teve como amparo as seguintes normas, todas revogadas.

Art.8º do DL 7661/45 "*Art. 8º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento"*.

Adende-se que tal responsabilidade não mais existe, tendo em mira que o mero inadimplemento não é mais causa de redirecionamento. Nesse ponto, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535/CPC. INEXISTÊNCIA. MERO INADIMPLEMENTO DE TRIBUTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 430/STJ. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Não houve ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem

dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. 2. "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente" (Súmula 430/STJ). 3. A alteração das conclusões adotadas pela instância de origem, de que ente público não logrou comprovar a responsabilidade do sócio no presente caso, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1172297/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015)

Tal fato, inclusive, já restou sumulado "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".(Súmula 430 do STJ).

Registre-se, ainda, que há autorização normativa (vide Portaria nº 421 da Procuradoria-Geral do Estado/RS de 12 de fevereiro de 2009) para desistência de redirecionamentos, tendo como objeto a cobrança de imposto informado, em atraso (declarado, mas não pago) e o fundamento dessa responsabilização seja em razão de não ter o sócio e/ou administrador da empresa devedora requerido a sua autofalência.

Art. 37, inc.II, §5º da lei 4726/65 "Art. 37. O Registro do Comércio compreende (...) II - O arquivamento (...) 5º) dos documentos relativos à constituição das sociedades cooperativas, às alterações dos seus estatutos e à sua dissolução".

Art.32,VII do Dec.57.651/66 "Art. 32. Ao Plenário das Juntas incumbe (...) VII - ordenar o arquivamento dos distratos

*sociais, dos documentos de liquidação de sociedades, e quaisquer outros relacionados com registro de comércio e atividades afins, inclusive títulos de nomeação e procurações desde que, uns e outros, estejam revestidos das formalidades legais”.*

Bom que se repise que a responsabilidade não emerge por mero inadimplemento. Em outros termos, como apontado acima, findado o processo falimentar e, não encontrada irregularidades, os credores não possuem pretensões em desfavor dos responsáveis pelo empreendimento. A responsabilidade da qual se toma nota diz com impropriedades na contabilidade da devedora, podendo caracterizar-se como inexistente, atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.

E nesse ponto parece que o julgador vem maltratando o espírito da norma, na medida em que atribui responsabilidade de forma indistinta, para situações diferentes, cujos comandos, em alguns casos, refogem à alçada de quem administra a empresa. Em outros termos, seja por culpa direta, seja por culpa indireta (culpa in eligendo), o tratamento é idêntico, situação por deveras imprópria.

Nesse sentido, ilustrativa jurisprudência (culpa direta, por falta de livros obrigatórios), na qual, salvo melhor juízo, há acerto na decisão.

**Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS INFORMADO EM ATRASO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA SÓCIO. FALÊNCIA DECRETADA. NÃO APRESENTAÇÃO DOS LIVROS FISCAIS OBRIGATÓRIOS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. 1. A mera situação de inadimplemento, bem como a decretação da falência e/ou a ausência de requerimento de autofalência não ensejam, por si só, responsabilidade pessoal do sócio-administrador pelos débitos tributários da empresa. Súmula nº 430**

do STJ. 2. Hipótese em que a pretensão de responsabilização pessoal do sócio não está calcada em qualquer desses fundamentos, mas, sim, na prática de infração à lei tributária, na medida em que a Síndica da Massa Falida refere que não foram apresentados os livros contábeis, sendo que a denúncia, por crime falimentar, foi recebida com a remessa dos autos à distribuição para as Varas Criminais. Portanto, nas circunstâncias, o redirecionamento da execução contra o sócio tem fundamento no art. 135, inc. III, do CTN, no art. 8º, inc. VI, da Lei Estadual nº 8.820/89 (Lei do ICMS), além do artigo 186, incisos III, VI e VII, da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45 - vigente à época dos fatos), já que a não entrega dos livros fiscais obrigatórios configura delito falimentar e, por isso, enseja o redirecionamento da execução fiscal. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70070224423, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30/08/2016)

Por diferente fundamento (cultura indireta, por escrituração deficitária), o resultado se opera da mesma forma, havendo, salvo melhor juízo, desacerto na decisão. Nesse sentido, ilustrativa jurisprudência:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS INFORMADO EM ATRASO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA SÓCIO. FALÊNCIA DECRETADA. NÃO APRESENTAÇÃO DA TOTALIDADE DOS LIVROS FISCAIS OBRIGATÓRIOS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. 1. A mera situação de inadimplemento, bem como a decretação da falência e/ou a ausência de requerimento de autofalência,

não ensejam, por si só, responsabilidade pessoal do sócio-administrador pelos débitos tributários da empresa. Súmula nº 430 do STJ. 2. Hipótese em que a pretensão de responsabilização pessoal do sócio não está calcada em qualquer desses fundamentos, mas, sim, na prática de infração à lei tributária, na medida em que o Síndico da Massa Falida, inclusive fazendo menção a anterior laudo pericial contábil elaborado pelo perito, aponta que "o sócio da empresa deixou de entregar a integralidade dos livros contábeis, o que desrespeita a legislação comercial, ficando prejudicado o exame das causas que levaram à quebra da empresa". Portanto, nas circunstâncias, o redirecionamento da execução contra o sócio tem fundamento no art. 135, inc. III, do CTN, no art. 8º, inc. VI, da Lei Estadual nº 8.820/89 (Lei do ICMS), além do artigo 186, inciso VI e VII, da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45 - vigente à época dos fatos), já que a não entrega da totalidade dos livros fiscais obrigatórios configura delito falimentar e, por isso, enseja o redirecionamento da execução, nada mudando pelo fato de o mencionado sócio, ao que tudo indica, já ter sido beneficiado pela extinção da punibilidade pela prescrição do crime falimentar. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO. APLICAÇÃO DO ART. 557, §1º-A, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70065407611, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 25/06/2015)

Apressando-se na conclusão, no que toca à responsabilidade dos administradores, há confusão naquilo que é ato puramente contábil e naquilo que é ato de administração. Explica-se melhor. Toma-se por base o art. 1862 da antiga Lei de Falência<sup>3</sup> (cuja aplicabilidade é garantida pelo art. 192 da Lei

11.101/20054), similar ao atual art. 168 e art. 178 da nova Lei de Falência<sup>56</sup>.

Contabilidade inexistente: o ato de contratar serviços contábeis é diretiva única e exclusiva do administrador. De fácil conclusão que o redirecionamento deve ocorrer em face dos gestores quando atestado pelo administrador judicial (informação extraída do laudo pericial contábil) a inexistência de livros contábeis. Aqui há pouca ou nenhuma margem para discussão, dado que o ato omissivo possui identidade individualizada. Nem seria crível responsabilizar contador para ato empresarial do qual não tomou parte.

Contudo, existindo esses (serviços contábeis), surgem duas opções: ou a contabilidade está de acordo com as normas que a regem, ausentando qualquer responsabilidade, ou a escrituração é atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. Nesse ponto, o grande equívoco daqueles que aplicam as normas consiste no abrandamento demasiado de quem efetuou o trabalho técnico (contador) e uma censura aguda de quem o contratou (gestor), tudo porque não há uma análise, no processo de falência, da extensão da culpabilidade do contador e do administrador.

Logicamente que tais diretivas deveriam ser apuradas, essencialmente, no processo de falência. Lá é o momento apropriado para análise dos esforços empreendidos, bem como a colaboração de cada qual no que toca às atividades contábeis, podendo-se sopesar a extensão das responsabilidades.

Efetuar tal discussão no seio da Execução Fiscal ou em sede de Embargos à Execução, é aceitar a possibilidade de produzir decisões conflitantes (para cada processo executivo abre-se margem para decisões individuais), além de esbarrar na necessidade de o redirecionado ter contra si um processo judicial, cujos percalços não demandam maiores digressões.

Muitas vezes, tais debates não ocorrem por absoluto desconhecimento dos gestores das potenciais responsabilidades que dela podem advir. Demais disso, desconhecem que, havendo a prova de que a mazela foi produzida, exclusivamente, pela área contábil, tal pode servir de fundamento para excluí-lo do polo passivo de executivos fiscais. Fator por demais importante diz com o foco, quase que exclusivo na área penal, abandonando-se os efeitos civis de eventuais apontamentos de falhas contábeis. Explica-se:

O prazo prescricional dos crimes falimentares, na antiga Lei de Falência (relembrando que a maioria das execuções fiscais tem como base referida norma), era exíguo<sup>7</sup>. Nos termos do art. 199 do normativo “*A prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos. Parágrafo único. O prazo prescricional começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata*”. Logo, a condenação por crime falimentar quase nunca ocorria/ocorre. Nesse ponto, a jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. CRIME FALIMENTAR. PRESCRIÇÃO. Os delitos descritos na Lei Falimentar sempre prescrevem, independentemente da pena aplicada, no prazo de dois anos (art. 199 do Decreto-Lei n. 7.661/45). Outrossim, não se aplica ao presente caso a Lei n.º 11.101/2005 - nova Lei de Falências, que prevê prazos prescricionais diferentes para os crimes falimentares -, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável ao acusado. Ainda, as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal, aplicam-se aos crimes falimentares (Súmula 592 ç STF). Sendo assim, ultrapassado o prazo de dois anos entre a data do recebimento da denúncia e data de eventual sentença condenatória, considera-se prescrita a pretensão punitiva do estado. Declararam extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva.



(Apelação Crime Nº 70016113300, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 08/08/2007)

Não bastasse o exíguo prazo, fator que contribuía/contribui para a impunidade foi a edição da súmula 147 do STF a qual pontua que “A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

Ou seja, mesmo que o processo de falência não estivesse concluído (prazo de 2 anos após a sua decretação<sup>8</sup>) havia prazo prescricional em curso, situação que levava/leva à absoluta impunidade.

Em suma, em casos de falências que apresentem os problemas acima suscitados, deverão ser devidamente analisados, sob penas de lides subsequentes (especialmente execuções fiscais), rediscutirem méritos que, até então, já deviam ter sido superados. É bom que se repise que a responsabilidade aqui discutida (fiscal/tributária) não se comunica com a esfera penal, pouco importante se houve ou não condenação, situação que acaba baralhando, tando os gestores, tanto os profissionais da área jurídica contratada para acompanhar eventuais processos de falência.

Dito isso, analisa-se a importância do contador dentro do empreendimento.

Segundo texto produzido pela (Uniseb-Ribeirão Preto) e adaptado pela redação do Jornal Contábil<sup>9</sup> “os *Contadores são profissionais tão importantes quanto os Administradores. Um Administrador não pode ser um Contador, mas todo Contador pode ser um Administrador de excelente qualidade, pois tendo visão do negócio, pode gerar relatórios com informações que auxiliem nas decisões da empresa, seja ela de*

*compra de bens móveis e imóveis, tomada de empréstimos de terceiros ou integralização de sócios, dentre outros assuntos tão importantes para a empresa praticar um princípio básico que é a Continuidade”.*

No mesmo sentido Marion (2009, p. 29)<sup>10</sup> declina que “A Contabilidade é uma das áreas que mais proporcionam oportunidades para o profissional”. Por sua vez a Resolução CFC n.º 56011, indica que “Art. 2º - O contabilista pode exercer as suas atividades na condição de profissional liberal ou autônomo, de empregado regido pela CLT, de servidor público, de militar, de sócio de qualquer tipo de sociedade, de diretor ou de Conselheiro de quaisquer entidades, ou, em qualquer outra situação jurídica definida pela legislação, exercendo qualquer tipo de função”.

Além dos inúmeros normativos que reconhecem a importância do contador na empresa, cremos que a nova Lei de Falência (mal denominada, tendo em conta que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), consagrou a profissão, tendo em conta que reserva a tal profissional inúmeros atos.

A título exemplificativo, pontue-se os art. 21 e 51 da Lei 11.101/2005 no que atine às recuperação judicial, indicando que “Art 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada (...) Art 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção”.

Já no que toca ao processo de falência, a importância da atividade contábil também é ressaltada. Consta no art. 105 do mesmo normativo que *“O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos: I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa”*.

Na mesma toada, o art. 110, verbis *“Art. 110. O auto de arrecadação, composto pelo inventário e pelo respectivo laudo de avaliação dos bens, será assinado pelo administrador judicial, pelo falido ou seus representantes e por outras pessoas que auxiliarem ou presenciarem o ato (...) § 2º Serão referidos no inventário: I – os livros obrigatórios e os auxiliares ou facultativos do devedor, designando-se o estado em que se acham, número e denominação de cada um, páginas escrituradas, data do início da escrituração e do último lançamento, e se os livros obrigatórios estão revestidos das formalidades legais”*.

Importância diversa não é dada no que atine a recuperação extrajudicial. Assim é o que prescreve o art. 163 da Lei de Falência *“Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos; (...) § 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar: (...) II – as demonstrações contábeis relativas ao*

*último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei”.*

Por outro lado, a responsabilidade fiscal/tributária do profissional contábil ainda é modesta, de modo que seus atos precisam ser melhor apurados, em especial pela crescente complexidade de seu trabalho. Alguns erros contábeis podem ser fatais ao empreendimento, dando azo a autos de infrações tributárias que, sem qualquer conhecimento dos empreendedores, podem levar a bancarrota o empreendimento. Da mesma forma, a má gestão contábil por lançar a empresa em situações complicadas, especialmente quando tais despautérios são apontados em laudo pericial, produzindo no bojo do processo de falência.

Demais disso, a complexidade do sistema tributário brasileiro é de todos conhecido, muitas vezes com procedimentos que refogem ao domínio da administração empresarial, de modo que eventuais responsabilidades deverão levar em conta a medida da participação de cada agente, não podendo-se inferir, salvo no caso de inexistência de contabilidade, a responsabilidade dos administradores por conta de trabalho técnico que não atende as diretrizes que a norma impõe. Logicamente que eventuais mancomunicações entre empresários e contadores sempre existiram e continuarão a existir. Contudo tal deve ser apurado, de forma individualizada, para que se compreenda a medida das responsabilidades.

No que atine especificamente ao tema, a prática dirá que pouquíssimos contadores são incluídos no polo passivo das execuções fiscais, mesmo quando a lide tenha sido redirecionada por problemas contábeis<sup>12</sup>.

A responsabilidade do contador vem expressa no Código Civil. Nesse sentido, o art. 1.177 e 1.178 “*Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração,*

*produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele. Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos. "Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito. Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor".*

Assim, há necessidade de maior análise, projetando-se uma maior responsabilização do profissional contábil, mesmo que isso implique menos responsabilização dos gestores. No que atine à esfera administrativa (constituição do crédito tributário), a eleição de uma fiscalização eletrônica em detrimento de diligências in loco, permite indicar, com pouca margem de dúvida, que a figura do contador entra em foco, de modo que a ampliação de suas responsabilidades passará a ser mais acentuadas, dada a sua maior participação no dia a dia da empresa.

Assim, buscou pontuar que:

a) há necessidade de melhor apuração, nos processos de falência, da extensão da responsabilidade dos gestores e dos contadores, para que tal debate não ocorra nas demandas fiscais, nem em sede de Embargos à Execução, situação que pode levar a decisões conflitantes;

b) os redirecionamentos, nas execuções fiscais, demandam melhor análise, buscando-se uma maior inclusão dos contadores no polo passivo, evitando-se, por outro lado, redirecionar as lides contra os administradores, quando os apontamentos na falência indicarem uma contabilidade atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa. Indo além: nesses casos,

nenhum redirecionamento devia ser efetuado, sem a devida inclusão do responsável pela contabilidade;

c) o ganho de mercado no setor contábil, implica maiores responsabilidades, de modo que é preciso trazer analisar, especialmente nos casos de redirecionamento, a efetiva participação do profissional contábil quando laudo pericial apontar deficiência no trabalho apresentado;

d) cremos que, redirecionada a lide e, havendo a responsabilidade do gestor por fatos exclusivos da área contábil, há possibilidade de ação regressiva contra o contador responsável.

#### **Notas**

1.Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, o tratamento jurídico a ser dado à responsabilização dos sócios e/ou administradores das empresas devedoras de créditos fiscais em cobrança judicial.

2.Como os processos de falência são demorados, a maioria das execuções fiscais em andamento, tomam por base a antiga Lei de Falência.

3.Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;

4.Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945.

5.Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que

resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1o A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

6.Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios;

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

7.O atual normativo, vale-se dos prazos prescricionais do Código Penal, de modo que a prescrição dos crimes falimentares resta mais dificultada.

8.Art. 132. Apresentado o relatório final, deverá o juiz encerrar, por sentenças, o processo da falência. 1º Salvo caso de fôrça maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.

9..Disponível em <http://www.jornalcontabil.com.br/extrema-importancia-contador-para-sociedade/>

10.MARION, J. C. Contabilidade Empresarial. 14ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009

11.CFC - CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução n.º 560, de 28 de outubro de 1983. Dispõe sobre as Prerrogativas Profissionais. Regulamentação da Profissão de Contador.

12.De bom tom que se diga que a nova lei de falência, ao menos no campo penal, impôs maiores responsabilidades ao contador. Nesse sentido o art. 168 “Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Aumento da pena § 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente: I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado; IV – simula a composição do capital social; V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios. Contabilidade paralela § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou



movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

## LINHAS INTRODUTÓRIAS AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM EXAME À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988, de maneira paradigmática, introduz no ordenamento jurídico nacional uma nova realidade, concatenada com princípios e paradigmas que valoram e conferem substância ao ideário de solidariedade, preceito axiológico volvido para a preservação do gênero humano, encarado na condição de coletividade, tanto para as presentes como futuras gerações. Nesta dicção, para que o intérprete possa validar as suas conclusões acerca do alcance e da conotação assumido pelas normas constitucionais, é imprescindível admitir como soberana o regramento basilar da supremacia da Carta da República de 1988. Importa dizer, com efeito, que toda e qualquer interpretação do texto constitucional somente terá validade se o Texto Maior for reconhecida como o documento jurídico de maior autoridade e densidade axiológica do ordenamento brasileiro. Em complemento, o primado da supremacia da Constituição assegura, em um primeiro plano, o reconhecimento do texto constitucional como norma hierarquicamente superior sobre todas as demais normas jurídicas e, em um segundo âmbito, que toda interpretação jurídica deve iniciar-se pela Constituição e nunca a partir da lei ordinária, isto é, a interpretação deve ser abalizada sempre de cima para baixo e não o inverso.

**Palavras-chaves:** Princípio da Supremacia da Constituição. Hermenêutica Jurídica. Princípio Inspirador.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Apontamentos à Evolução da Acepção de Dignidade da Pessoa Humana; 3 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro; 4 Linhas Introdutórias ao Princípio da Supremacia da Constituição de 1988: Um exame à luz da Jurisprudência do STF

---

### **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio*

*mantém*”[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista

cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Apontamentos à Evolução da Acepção de Dignidade da Pessoa Humana**

Em uma primeira plana, cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que *“a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano”*[4]. No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento cristão, em altos alaridos, propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus.

Ora, salta aos olhos que aviltar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como escora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder.

Nesse prisma, impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de

construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na festejada obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “*a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus*”[5], ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade.

Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de dois pensadores, quais sejam: Samuel Pufendorf e Immanuel Kant. Aduzia Samuel Pufendorf que incumbia a todos, abarcando o monarca, o respeito da dignidade da pessoa humana, afigurando-se como o direito de se orientar, atentando-se, notadamente, para sua razão e agir em consonância com o seu entendimento e opção. Immanuel Kant, por sua vez, “*talvez aquela que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo*”[6]. Destarte, não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar objetivos.

Afora isso, destacar se faz necessário que as coisas são dotadas de preço, já que podem ser trocadas por algo que as equivale; as pessoas, doutro modo, são dotadas de dignidade, sendo defeso a entabulação de uma troca que objetive a troca por algo similar ou mesmo que se aproxime. Oportunamente, Martins[7] leciona, em conformidade com os ideários irradiados pelo pensamento kantiano, que todas as ações norteadas em favor da redução do ser humano a um mero objeto, como instrumento a fomentar a satisfação de outras vontades, são defesas, eis que afronta, de maneira robusta, a dignidade da

pessoa humana. No intento de fortalecer as ponderações estruturadas até aqui, há que se trazer o magistério de Schiavi:

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. A dignidade da pessoa humana era considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento e opção, bem como – de modo particularmente significativo – o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Sustenta Kant que o Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade[8].

Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de

realização de interesses. Além disso, há que se salientar que “os direitos humanos foram extremamente suprimidos pelo fanatismo nazista e a dignidade da pessoa humana foi reduzida a um mero e utópico conceito, sem qualquer atuação, tendo como limite imposto, a vontade de um governante”<sup>[9]</sup>. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar da Segunda Grande Guerra Mundial, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente, tal como na Declaração Universal das Nações Unidas, em seu artigo 1º<sup>[10]</sup>.

### **3 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro**

Ao se dispensar um exame mais aprofundado acerca dos princípios, cuida salientar que os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. O objetivo principal, por conseguinte, com a valoração dos princípios, reside em buscar vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões colocadas em análise.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que “conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa



*tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar*<sup>[11]</sup>. Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se a realidade vigorante em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população. Entrementes, o que assegura a característica fundante dos axiomas, é o fato serem alicerçados na condição de cânone escrito, positivado pelos representantes de determinada nação ou mesmo decorrentes de regramentos consuetudinários, aderidos, de maneira democrática, pela população.

Nesta senda, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, com fortes cores e traços grossos, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como supernormas, isto é, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”*<sup>[12]</sup>. Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar<sup>[13]</sup>. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto.

#### **4 Linhas Introdutórias ao Princípio da Supremacia da Constituição de 1988: Um exame à luz da Jurisprudência do STF**

Estabelecidos, com profundos sulcos, os pontos limítrofes e o objeto a que se junte o presente, cuida, por oportuno, rememorar que a Constituição Federal de 1988, de maneira paradigmática, introduz no ordenamento jurídico nacional

uma nova realidade, concatenada com princípios e paradigmas que valoram e conferem substância ao ideário de solidariedade, preceito axiológico volvido para a preservação do gênero humano, encarado na condição de coletividade, tanto para as presentes como futuras gerações. Nesta dicção, para que o intérprete possa validar as suas conclusões acerca do alcance e da conotação assumido pelas normas constitucionais, é imprescindível admitir como soberana o regramento basilar da supremacia da Carta da República de 1988. Importa dizer, com efeito, que toda e qualquer interpretação do texto constitucional somente terá validade se o Texto Maior for reconhecida como o documento jurídico de maior autoridade e densidade axiológica do ordenamento brasileiro. Em complemento, o primado da supremacia da Constituição assegura, em um primeiro plano, o reconhecimento do texto constitucional como norma hierarquicamente superior sobre todas as demais normas jurídicas e, em um segundo âmbito, que toda interpretação jurídica deve iniciar-se pela Constituição e nunca a partir da lei ordinária, isto é, a interpretação deve ser abalizada sempre de cima para baixo e não o inverso. Sobre a temática, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento no sentido que:

**Ementa:** I. Tributário. Lei Estadual que institui benefícios fiscais relativos ao ICMS. Ausência de convênio interestadual prévio. Ofensa ao art. 155, §2º, XII, g, da CF/88. II. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da

decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 4.481/ Relator: Ministro Roberto Barroso/ Julgado em 11 mar. 2015/ Publicado no DJe em 18 mai. 2015).

Com destaque, o escalonamento estabelecido pela Constituição Federal é proposição bem antiga e alocava o Texto Constitucional como fundamento de validade das demais normas jurídicas. O corolário em comento é o primeiro e indispensável elemento a ser considerado em todo e qualquer processo de interpretação das normas jurídicas. Assim sendo, a aplicação desse postulado elementar deve vincular o trabalho desenvolvido pelo intérprete. Mais do que isso, há que se reconhecer, oportunamente, que o preceito em evidência tem o condão de materializar pressuposto substancial de todo o Direito Constitucional contemporâneo, devendo, portanto, orientar, formalmente, toda a interpretação do ordenamento constitucional e infraconstitucional.

Repise-se, ainda, que a supremacia da ordem constitucional substancializada princípio essencial que deriva, no sistema de direito positivo vigente, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da

Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

### Referências:

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Justiça**. Declaração Universal das Nações Unidas. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 6 tir. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador.** Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 09 abr. 2016.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Humanidade: O repúdio a um passado vergonhoso. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, 11 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016, p. 231.

[5] SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 09 abr. 2016, p. 04.

[6] BERNARDO, 2006, p. 234.

[7] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 6 tir. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 07.

[8] SCHIAVI, s.d., p. 04.

[9] VERDAN, Tauã Lima. O Princípio da Humanidade: O repúdio a um passado vergonhoso. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, 11 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

[10] BRASIL. **Ministério da Justiça**. Declaração Universal das Nações Unidas. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016: “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

[11] MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

[12] VERDAN, 2009. Acesso em 09 abr. 2016.

[13] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 09 abr. 2016.

## **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: TRATAMENTO LEGAL E TRIBUTÁRIO DE BENS E RENDIMENTOS DE NÃO RESIDENTE NO BRASIL**

**GIOVANNI CAMPOS: Graduado em Ciências Contábeis (UnB) e Pós Graduado (Lato Sensu) em Gestão em Controladoria Governamental (Faculdade JK)**

RESUMO: O estudo tem como objetivo evidenciar a importância do planejamento tributário no que diz respeito aos investimentos de pessoas físicas não residentes no Brasil. Com foco no uso do planejamento tributário como instrumento direcionador da decisão do investimento, o que faz do planejamento um diferencial, diante da redução de custos e da tranquilidade que proporciona. A pesquisa se torna relevante ao considerar a escassez de recursos financeiros como também o complexo sistema tributário brasileiro. Dessa forma, o planejamento vai em busca da legalidade e transparência, orientando a gestão dos recursos com segurança, fortalecendo a economia. No que se refere à legalidade, o planejamento vai além, verificando a adequação da legislação, assegurando a idoneidade dos acordos internacionais provenientes dos governantes dos países envolvidos. Para o desdobramento do planejamento foi necessário identificar o não residente no Brasil. Comenta-se ao final, como comporta o tributo em relação aos rendimentos de não residente por fontes situadas no Brasil.

Palavras-chave: investimento; rendimento; não residente; planejamento tributário, imposto de renda.

ABSTRACT: The study has the objective to evidence the importance of tax planning in relation to investments of physical people non-resident in Brazil. Focusing on the use of tax planning as the guiding instrument of decision to invest, which makes planning a differential, taking into account cost reduction and proportion of tranquility. The research becomes relevant considering the shortage of financial resources and the complexity of Brazilian taxes system. In this way, the planning looks for legality and transparency, conducting the management of resources safely, strengthening the economy. In terms of legality, the planning goes

beyond verifying the adequacy of legislation, ensuring suitability to the international agreements from countries involved. In the deployment of planning, it had been necessary to identify the non-resident in Brazil. It is said in the end, how tribute behaves in relation to non-resident income with sources located in Brazil.

Key-words: investment; income; non-resident; tax planning; tax.

Sumário: 1.INTRODUÇÃO 2.DESENVOLVIMENTO 2.1 - A Importância do Planejamento e Controle Tributário 2.1.1 Elisão e Evasão 2.1.2 Tratados e Convenções Internacionais 2.2 - Identificação do Não Residente no Brasil Instrução Normativa SRF 208, de 27 de setembro de 2002. Comentada 2.3 - O Tratamento dos Bens e Rendimentos Auferidos no Brasil Instrução Normativa SRF 208, de 27 de setembro de 2002. Comentada. 2.3.1 Análise do Comportamento e Reflexo do Tributário em Relação aos Rendimentos do não Residente por Fontes Situadas no Brasil. 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo estimativas do Censo divulgado pelo Instituto Brasileiro Geografia e Estatística (IBGE), o número estimado de brasileiros residentes no exterior chegou a 491.243 mil em 193 países do mundo em 2010. A emigração, sempre foi motivada principalmente pela busca de uma melhoria da condição de sobrevivência. O principal destino era os Estados Unidos, por ser um país desenvolvido e por manter infraestrutura adequada que contribui para conquista deste objetivo.

Assim, muitos brasileiros saem do país em busca de uma qualidade vida melhor e, ao se tornarem não-residente, ficam em dúvidas quanto a sua evolução patrimonial no Brasil e muitas vezes pensam que o dinheiro ganho em outro país com seu trabalho é ilícito. Chega-se a cogitar que pode ser confiscado pelo governo Brasileiro, assim, não sabem como tratá-lo no Brasil.

O planejamento e o controle tributário oferecem resultados satisfatórios e confiáveis para sanar essas dúvidas, tendo em vista que se respalda na legislação vigente e em acordos internacionais.

No Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) – CTN, o art. 96. cita que “A expressão legislação tributária compreende as leis, os tratados e convenções



internacionais, decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”. A lei mostra que deve ser feito um planejamento adequado, oferecendo um tratamento legal e tributário aos bens e rendimentos do não-residente no Brasil.

Porém, as alterações na legislação tributária são feitas constantemente, de forma impetuosa abusando-se de decretos e medidas provisórias (reedição que não é autorizada pela Constituição Federal – CF, art. 62.) que vem sendo consentida, inexplicavelmente, pelo Legislativo e pelo Judiciário. (FABRETTI, 2009).

Com essas frequentes modificações implantam-se os embaraços e a imprecisão relativo ao direito, gera-se aflição aos contribuintes e a incerteza de estar ou não em conflito com a lei, embora muitas vezes esta legislação seja contraditória.

Espera-se, com essa pesquisa, descrever os direitos e as obrigações do não-residente no Brasil, haja vista dúvidas quanto à evolução patrimonial existente e seu tratamento no que tange aos investimentos.

Assim, propõe-se identificar o não-residente, demonstrar o tratamento de bens e rendimentos auferidos no Brasil, evidenciar a importância do planejamento e do controle tributário.

Segundo Fabretti (2009, p.08), denomina-se Planejamento Tributário, “o estudo feito preventivamente, ou seja, antes da realização do fato administrativo, pesquisando-se seus efeitos jurídicos e econômicos e as alternativas legais menos onerosas”.

Sendo assim surge o seguinte questionamento. Como o planejamento e o controle tributário pode ajudar o não-residente?

Certamente, compreendendo o planejamento tributário como um conjunto de atos antecedentes, objetivando a garantia de uma melhor opção tributária, se feito de forma racional e criteriosa, percebe-se grandes oportunidades de reduções legais da carga tributária.

O trabalho se torna relevante ao considerar a confusão tributária para o não-residente que investe no Brasil e, por ser o país de maior destino dos brasileiros, os

Estados Unidos foi escolhido como modelo para estudo, sendo que o Brasil mantém relações internacionais específica para cada país.

Enfim, o presente trabalho será dividido três partes, a saber: introdução, desenvolvimento. Aborda-se os seguintes tópicos: A importância do planejamento e do controle tributário; Identificação do não-residente no Brasil; Tratamento de bens e rendimentos auferidos no Brasil; Análise do comportamento e reflexo do tributário em relação aos rendimentos do não residente por fontes situadas no Brasil; e as considerações finais.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 - *A Importância do Planejamento e Controle Tributário*

Conforme gráficos apresentados a seguir (com série temporal de 2008 a 2015), é mostrado que o dólar americano, frente ao real, teve elevadíssima valorização. Este fato incentiva que mais pessoas busquem ganhar seus proventos nesta moeda estrangeira, pois assim ampliaria drasticamente seu respectivo poder de compra. No segundo gráfico é mostrado o PIB Brasileiro (para o mesmo período) com escala em dólar americano vem sofrendo decréscimo consecutivos. Este comportamento econômico coaduna, também, para que mais pessoas busquem oportunidades fora do Brasil.

### DÓLAR COMERCIAL

Período a ser consultado:

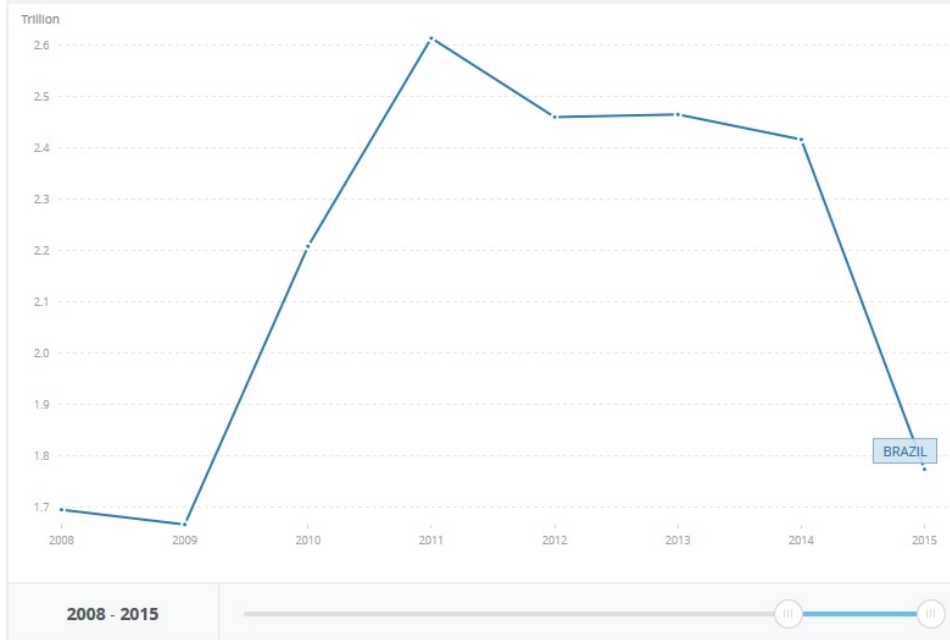
de 01/01/2008 a 31/12/2015



Fonte  THOMSON REUTERS

### GDP (current US\$)

World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files.



Fonte: OECD e Banco Mundial

A carga tributária no Brasil tem aumentado significativamente, em virtude de uma maior transferência da parcela de riquezas do particular para o Estado. Dessa forma, a necessidade de um planejamento tributário torna-se vital.

A evolução da carga tributária no Brasil impacta diretamente no baixo crescimento e desenvolvimento da economia, influenciando nos investimentos, pois, muitos investidores são surpreendidos por medidas e manobras do governo que alteram a legislação codificada. Destarte, sentem-se inseguros em investir sem um planejamento tributário, que contenha exposição detalhada e ordenada dos planos. Isto reflete diretamente na posição financeira das alternativas de investimentos, depois do fato gerador projetado. Assim, evita-se pagamentos desnecessários de tributos.

Estabelece o art. 3º CTN que tributo “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No que se refere “sanção de ato ilícito” trata-se de penalidade como, por exemplo, multa que não se caracteriza dentre os tributos. Ensina Souza (2007, p.8) que “no caso da multa seu fato gerador é o ato ilícito, no caso do tributo o fato gerador é um ato lícito. ” Sendo o fato gerador, o “fato” ocorrido que gera as obrigações. Descreve Oliveira (2007, p.29) o fato gerador como “situação definida em lei como necessária e suficiente para sua ocorrência.

Com a identificação do fato gerador o ordenamento jurídico descreve como se chegar à base de cálculo. Tomando como exemplo o imposto de renda devido por pessoas físicas residentes no Brasil a legislação prevê a base de cálculo sendo as deduções legais que pode ser (despesas de gasto com saúde), que devem ser extraídas do total do rendimento bruto tributável, a partir disso se tem a base de cálculo do imposto. Menciona Oliveira (2007, p.28) “base de cálculo é o valor sobre o qual se aplica o percentual (ou alíquota com a finalidade de apurar o montante a ser recolhido”).

A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo. Por sua vez, a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações de contas, ou seja, a

apresentação das informações, positivas ou negativas, de interesse da arrecadação ou fiscalização de tributos (art.113, do CTN). Na obrigação acessória não há um desembolso direto, mas há custos para se preparar e apresentar as informações exigidas.

O planejamento tributário deve empenhar-se no que diz respeito ao equilíbrio do contribuinte, e que contribuem com menor valor possível admitido na legislação. Quando o contribuinte decide planejar, buscando alternativas mais econômicas, projeta-se como em qualquer outro gasto. Neste caso, deve-se mensurar o gasto com todas as obrigações tributárias tanto a principal, quanto a acessória.

O planejamento tributário pode ser operacional ou estratégico sendo que o primeiro é a forma tradicional de se contabilizar, ou seja, seguindo a legislação sem lançar olhar às demais alternativas, tampouco realizar análises dos fatos projetados no tempo. Portanto, para o planejamento estratégico há outro desempenho, pois requer um estudo, estruturado nas bases contábil e jurídica, como menciona Oliveira (2011, p.207) “implica mudança de algumas características estratégicas, tais como: estrutura de capital, localização, tipos de empréstimos etc.”

Assim o planejamento tributário é o procedimento preventivo, que atua precisamente em momento prévio ao fato gerador, adiando, evitando ou reduzindo minimamente o tributo, trazendo a proteção patrimonial, a tranquilidade da certeza, de estar na melhor opção e em harmonia com o ordenamento jurídico. Ensina Oliveira (2011, p.193), que “a atuação do particular de se auto-organizar corresponde a um direito advindo da Constituição, pois é absoluta a garantia ao exercício da autonomia privada dentro dos limites estabelecidos pelo Estado. ”

Os investimentos precisam ser estruturados de acordo com os negócios, o que se almeja alcançar, a partir dos cenários propostos planeja-se a melhor alternativa para executar os investimentos. Ao planejar, deve ser considerada a incidência tributária na perpetuidade, como também os tributos incidentes na operação. Esse procedimento tem que ter contínuo ajustamento para garantir a redução ou a melhor opção do gasto com tributos, tornando-se fundamental para a viabilidade dos negócios.

### **2.1.1 Elisão e Evasão**

Esclarecendo o planejamento tributário, menciona Oliveira (2007, p.40), “a vontade das partes não pode ser alterada ou modificada, após o fato gerador ter ocorrido. Contudo, nada impede que o contribuinte antecipe a ocorrência do fato gerador e comece a projetá-lo e a dimensioná-lo, objetivando a economia de impostos.”

Desta forma há uma clara distinção do que venha ser Elisão e Evasão. Considera Fabretti (2009, p.132) elisão fiscal “a economia tributária resultante da adoção da alternativa legal menos onerosa ou de lacuna da lei, [...] escolha feita de acordo com o ordenamento jurídico.”

Ao contrário de evasão fiscal, que por meios ilícitos, evita-se o recolhimento do tributo já devido, pela ocorrência do fato gerador. A evasão está catalogada no rol da Lei 8137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo).

A elisão fiscal pressupõe a licitude de comportamento do contribuinte que objetive identificar as consequências fiscais de uma decisão, resultando em uma economia de tributos, haja vista que dentro do direito de se auto-organizar, esta inserida a liberdade do contribuinte organizar seus negócios do modo menos oneroso sob o aspecto fiscal. (OLIVEIRA, 2011). Ao se organizar de modo menos oneroso cria-se a oportunidade de expansão dos negócios na comunidade onde está inserido.

### **2.1.2 Tratados e Convenções Internacionais**

O art. 21, inc. I, da CF 1988 cita que é de competência de a União “Manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. Este artigo prevê uma supremacia da União em relação aos assuntos internacionais, o qual sobrepõe aos estados que compõe a Republica Federativa do Brasil. Isto, por si só, facilita o planejamento tributário, para o não-residente que pretende investir no Brasil.

O art. 98, do CTN afirma que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que

lhes sobrevenha”. A literatura prevalecente não estabelece diferença entre os termos tratados e convenção internacionais.

Os tratados e as convenções internacionais são acordos celebrados entre os Executivos de duas ou mais Nações, ou seja, pelos seus dirigentes máximo. No caso brasileiro tem de haver a aprovação do Congresso Nacional para que seja selado estes acordos. O art. 84, inc. VIII da CF 1988 assevera que “Compete privativamente ao Presidente da Republica celebrar tratados, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

O art. 99, do CTN ensina que “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecida nesta lei”. Sendo decreto o instrumento utilizado pelo Presidente da República para publicar os tratados e convenções internacionais. Compreende Souza (2007, p.66) que “o decreto presidencial é apenas ato do qual o Presidente da Republica se utiliza para promulgá-los e lhes dar publicidade.”

Ao mencionar este art. 99, tem-se que “o alcance dos decretos restringe-se aos das leis”. O artigo estabelece que, depois da promulgação do decreto, o mesmo tem força lei.

No planejamento e direito tributário, os tratados são importantes em relação aos impostos de importação, exportação e de renda, tendo o objetivo de evitar a bitributação internacional (SABBAG, 2007).

Ajustam-se, ao celebrar um tratado, as imposições perante os fatos geradores de forma a unificar ou até excluir a tributação, sempre apoiado no fator de avaliação de sua capacidade contributiva.

2.2 - Identificação do Não Residente no Brasil (Instrução Normativa – IN SRF 208, de 27 de setembro de 2002 – comentada)

O art. 3º desta IN impõe as regras para classificação de “não-residente”, sendo a pessoa física que não resida no Brasil, assim considera-se não-residente todo estrangeiro ou pessoa física que na condição de não-residente ingresse ao Brasil para prestar serviços como funcionário de órgão do governo estrangeiro. É considerada a condição de não-residente o estrangeiro que ingressa no Brasil até o

dia anterior da obtenção do visto de permanência ou de vínculo empregatício se ocorrer antes dos 183 dias, consecutivos ou não, dentro de um período de doze meses. A partir dos 184 dias já será considerado automaticamente residente. Outrossim, são considerados não-residentes: aqueles que saem do Brasil em caráter permanente, na apresentação da comunicação de saída definitiva se tornam não-residente a partir da data da saída; aqueles que se ausentam do Brasil em caráter temporário e permanece por mais de um ano, nesse caso, a mudança de classificação ocorre no dia seguinte a este prazo.

O art. 4º do mesmo documento cita que “A partir do momento em que a pessoa física adquira a condição de residente ou de não-residente no País, dar-se-á o retorno à condição anterior somente quando ocorrer qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º ou 3º, conforme o caso”.

A Instrução normativa trouxe, a definição do não-residente se limitando ao inciso I, mencionando que é aquele que não se enquadre nas hipóteses do art. 2º que trata do conceito de residente.

Os arts. 2º e 3º que identifica o não-residente, se mostra muito conservador, ao considerar “não-residente” a pessoa que sai do país, sem entregar a comunicação de saída, após um ano ou 360 dias de sua saída. Analisando a consideração de “não-residente”, para os que vêm ao Brasil, este tem o período máximo é de 183 dias consecutivos ou não, dentro de um ano para permanecer nesta condição. A depender do normativo jurídico do país de origem desta pessoa, poderá haver hipótese em que poderá ser categorizada como “não-residente” em dois países, simultaneamente.

O art. 10, §2, determina que a pessoa física que se ausenta do país sem apresentar a comunicação da saída definitiva (permissão de saída) e nem declaração de saída definitiva do país (prestação de contas), é considerada residente durante os doze primeiros meses contados da data da saída. Portanto a legislação não faz distinção da situação de regularidade do não-residente em relação ao país onde mora.



*2.3 - O Tratamento dos Bens e Rendimentos Auferidos no Brasil (Instrução Normativa SRF 208, de 27 de setembro de 2002 – comentada)*

Não poderia deixar de destacar a diferença entre “não-residente” e “ausente” do Brasil.

O art. 12. diz que o ausente, é considerado residente no Brasil aquele que está no exterior a serviço do Brasil, em autarquias ou repartições do governo brasileiro. Há previsão no art. 17, §§ 1º e 3º, de tratamento diferenciado, para estas pessoas, reduzindo-se a base de cálculo do Imposto de Renda – IR para 25%, ou seja, somente 75% do salário dessas pessoas não são passíveis de incidência deste imposto. Nessas condições, sem prejuízos aos direitos as deduções tradicionais aplicadas aos demais residentes, os outros rendimentos recebidos no exterior pelas pessoas físicas que tratam esse artigo, aplicam-se as mesmas normas dos residentes no Brasil e sujeitam-se à apresentação da declaração de ajuste anual. A condição de ausente do Brasil impõe um sacrifício ao brasileiro que sai em serviço do seu país, portanto em contrapeso, o governo brasileiro oferece o tratamento diferenciado.

Menciona o art. 5º que o não-residente que pretende investir no Brasil ou que possua bens e direitos, sujeitos ao registro público, obrigatoriamente tem de se inscrever no cadastro de pessoas físicas (CPF). A necessidade da inscrição é para assegurar a titularidade ou direito de propriedade, que é controlado e reconhecido com mais facilidade pelo CPF, e para identificação do recolhimento dos impostos dos rendimentos fruto dos investimentos.

O art. 10. estabelece que a pessoa física, que se retirar em caráter permanente do Brasil e que mantém investimentos no país, está sujeita a tributação do imposto de renda dos rendimentos auferidos no território brasileiro (é uma obrigação principal), a partir da data da saída definitiva do país. O pagamento do tributo deve ser efetuado no dia da ocorrência do fato gerador, de forma exclusiva na fonte, ou definitiva. O §1º orienta que, para fins do disposto no caput, a pessoa física deve comunicar a fonte pagadora a data da saída definitiva do Brasil. Já o parágrafo 2º diz que, caso a pessoa se retire sem apresentar a “comunicação de saída definitiva”, os rendimentos serão tributados nos doze primeiros meses como residente e a partir daí, de acordo com o disposto no art. 10, esse tratamento de

retenção na fonte ou pagamento definitivo se justifica ao considerar que o não-residente não fica sujeito à declaração de ajuste anual. Já no caso de a pessoa que sai em caráter temporário, só será considerada residente no primeiro ano, assim podendo fazer os pagamentos na declaração de ajuste anual ou, conforme a data, na declaração de saída definitiva.

O art. 11. entende que, a pessoa física que se ausenta do país em caráter temporário e permaneça no exterior por mais de 12 meses consecutivos, deve apresentar a declaração de saída definitiva do país, relativa ao período em que tenha permanecido na condição de residente no Brasil, no ano calendário da caracterização da condição de não residente, até o último dia útil do mês de abril do ano calendário subsequente ao da caracterização, a fim de pagar os impostos, nelas apurados, ainda não quitados, que são considerados vencidos nessa data, ou seja, data de entrega, sendo considerados os rendimentos recebidos nos doze primeiros meses de ausência de fontes situadas no Brasil e no exterior como rendimentos recebidos pelos demais residentes, sendo que os rendimentos auferidos a partir do décimo terceiro mês sujeitam-se a tributação exclusiva na fonte ou definitiva. Sendo a condição de não-residente, nesse caso, reconhecida só após um ano, os rendimentos recebidos por eles, transferidos ou não para o País de fonte no exterior estão sujeitos à tributação com pagamento mensal e na declaração de ajuste. Pode-se fazer compensação somente em país com o qual o Brasil tenha acordo prevendo a compensação.

O art. 11-A. complementa dizendo que a pessoa física, que se retire do Brasil, deve apresentar a comunicação de saída definitiva do país, a partir da data da saída e até o último dia do mês de fevereiro, se ocorreu em caráter permanente, se em caráter temporário, a partir da data da caracterização da condição de não residente, até o último dia do mês de fevereiro do ano calendário subsequente, comenta ainda que a comunicação não dispensa a apresentação da declaração de saída definitiva do país. Esse artigo dá um fôlego maior, e uma oportunidade de regularização aos emigrantes que saem de forma definitiva do país clandestinamente, ou sem o visto de entrada no país de destino, quando prevê da “data da saída até o último dia do mês de fevereiro”. Esta declaração deve ser

transmitida via internet. Para os emigrantes que perderem esse prazo não há alternativa a não ser esperar os doze meses para se tornar não-residente.

Determina o art. 13. que na falta de apresentação das declarações acima mencionadas ou sua apresentação após o prazo fixado, o contribuinte fica sujeito às penalidades de multa de um por cento ao mês sobre o valor do imposto devido, com limite mínimo de R\$ 165,74 reais e máximo de vinte por cento do valor do imposto devido; não existindo imposto devido, multa de R\$ 165,74 reais.

O art. 19. expressa que os rendimentos da pessoa física que ingressar no Brasil com visto permanente, serão tributados tanto os de fonte brasileira como de estrangeira, a partir da data da chegada. Nesse caso, o visto permanente dá a condição de residente de imediato (assim é o tratamento para os demais residentes). No art. 16. está prevista a compensação do imposto pago no exterior, caso haja acordo entre os países e não seja compensado ou restituído no exterior esse o diferencial.

Determina o art. 20. que os rendimentos da pessoa física que ingressar no Brasil com visto temporário, serão tributados tanto os de fonte brasileira como estrangeira, a partir da data da condição de residente no país. Após 183 dias se torna residente como os demais.

Considera o art. 22. isentos do imposto, os rendimentos do trabalho assalariado recebidos no Brasil, por pessoa física não residente, de organismos internacionais que o Brasil faça parte, e aos quais se tenha obrigado, por tratado, acordo ou convênio, a conceder isenção. Os demais rendimentos recebidos no Brasil pelas pessoas referidas no caput são tributados.

O art. 23. salienta que dos recebimentos de órgãos de governo estrangeiro no Brasil, estão isentos do imposto os rendimentos do trabalho assalariado recebidos no Brasil, por servidor diplomático do governo estrangeiro, por servidor não brasileiro de embaixadas, por consulados e repartições oficiais de outros países no Brasil, desde que no país de sua nacionalidade seja assegurada a reciprocidade de tratamento aos brasileiros que lá exerçam idênticas funções. Justifica-se, pois, na diplomacia e outros órgãos citados exercem soberanamente a representação do seu

Estado, por tanto este servidor é considerado residente para fins tributários no território que representa.

Pondera o art. 25. que estão isentos do imposto na fonte os rendimentos correspondentes a serviços prestados, por não residente como, assalariado ou não, recebidos de autarquias ou repartições do Governo brasileiro situado fora do território nacional. O rendimento do não residente, auferido fora do território nacional, não sofre tributação do Brasil, ora não haveria lógica o Brasil, querer tributar por exemplo: dentro dos Estados Unidos, um serviço prestado por um americano autônomo ou não, nesse caso dentro da razão tributária a fonte está situada fora dos limites de tributação do Brasil.

Os arts. 26 e 27 tratam de ganho de capital de não residente da seguinte forma: na apuração do ganho de capital de não residente, o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação, e o custo de aquisição do bem ou direito. Sendo o ganho de capital tributado na alíquota de 15%, ressalvada a existência de acordo, tratado ou convenção firmado entre o Brasil e o país de residência do alienante. É considerado custo todas as despesas de aquisição, e que integra ao patrimônio de forma positiva, ou seja, benfeitorias.

Descreve os arts. 35. e 36. sobre os rendimentos de não residente por fontes situadas no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto exclusivamente na fonte, de alíquota 25%, ressalvando o disposto no art. 37, assim não se aplicam às isenções e reduções previstas para o residente no Brasil.

Dispõe o art. 37. dos rendimentos a não residente de fontes situadas no Brasil a título de royalties de qualquer natureza, e de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes, sujeitam-se a incidência do imposto na fonte à alíquota de 15%, integra a base de cálculo qualquer compensação ou juros por atraso e, caso o país onde mora o não-residente tenha tributação favorecida à incidência do imposto na fonte, à alíquota de 25%.

Determina o art. 38. que os rendimentos do não residente de fontes situadas no Brasil, a título de despesa com instalações e manutenção de escritórios comerciais e de representações, de armazéns, depósitos ou entrepostos, sujeitam-se a incidência do imposto na fonte alíquota de 15%. Essa tributação favorecida se justifica pela preservação da infraestrutura ofertada por não-residentes.

No art. 39. comenta-se dos juros, despesas e descontos, decorrentes de colocação no exterior, previamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, de títulos de créditos internacionais, inclusive commercial papers desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses, pagos a não residente sujeitam-se à incidência do imposto à alíquota de quinze por cento.

Considera o art. 40. os rendimentos recebidos de fontes situadas no Brasil, por não residente, relativos a pagamento, de comissões por exportadores a seus agentes no exterior, de receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem assim de aluguel de containers, sobre estadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias, sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota zero. Parágrafo único. Os rendimentos mencionados no caput recebidos por residente em país com tributação favorecida sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota de 25%. A alíquota zero favorece a expansão do mercado e comércio brasileiro.

Estabelece o art. 41. que os rendimentos a não residente de fontes situadas no Brasil, relativo ao pagamento de despesa relacionada com pesquisa de mercado para produtos brasileiros de exportação, decorrentes da participação em exposições e eventos, semelhantes vinculados à promoção de produtos brasileiros sujeitam-se a incidência do imposto alíquota zero. Os rendimentos mencionados no caput, recebidos por residente em país com tributação favorecida, sujeitam-se a incidência do imposto na fonte à alíquota de 25%. A alíquota zero tende a favorecer a exportação, tornando os produtos brasileiros mais competitivos.

Descreve o art. 42. sobre os demais rendimentos pagos a não residente, por fontes situadas no Brasil, inclusive a título de juros sobre o capital próprio, bem assim os decorrentes de cessão de direitos de atleta profissional, solicitação, obtenção e manutenção de direitos de propriedades industriais no exterior, aquisição ou remuneração, a qualquer título, de qualquer forma de direito, e os relativos a comissões e despesas incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas, domiciliadas no Brasil, desde que

aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica prevista em lei.

No § 1º, é destacado que “Os juros e outros encargos pagos ou creditados pela pessoa jurídica a seus sócios ou acionistas, calculados sobre os juros remuneratórios do capital próprio e sobre os lucros e dividendos por ela distribuídos, sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota de vinte por cento”.

Em seguida § 2º, estabelece que “As normas referentes aos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa aplicam-se aos juros e a outros encargos referidos neste artigo, pagos ou creditados pela pessoa jurídica a seus sócios ou acionistas, e sobre os lucros e dividendos por ela distribuída observada a legislação vigente à época da apuração”.

Por fim o § 3º, menciona que “Os rendimentos mencionados no caput recebidos por residente em país com tributação favorecida sujeitam-se à incidência do imposto na fonte à alíquota de 25%”.

O art. 43. conceitua que o país com a tributação favorecida, sendo aquele que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento. Considerando separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem assim as dependências do país de residência.

O art. 44. trata do recolhimento dos impostos retidos na fonte de que tratam os arts. 35 a 42 devem ser recolhidos na data da ocorrência do fato gerador.

O art. 45. compreende que não estão sujeitos à incidência do imposto os lucros e os dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir de 1º de janeiro de 1996 e pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos pela pessoa jurídica a seus sócios ou acionistas não-residentes. Nesse caso, não há que se falar em rendimento, trata-se de distribuição de lucro.

Finalmente, o art. 46. pondera que o imposto deve ser recolhido em nome do espólio, até o trânsito em julgado da decisão da partilha, sobrepartilha ou adjudicação dos bens, no caso de falecimento de não-residente no Brasil. A incidência de imposto aqui mencionada refere-se aos rendimentos dos investimentos e do ganho de capital auferida quando da transferência do titular ao

herdeiro. O imposto do não-residente sempre vai ser pago no ato do fato gerador mesmo em nome do espólio. Quando há essa transferência, deve ser feita a atualização do custo do imóvel observando a data de aquisição com base na tabela constante nessa instrução normativa. Os arts. 6, 7 e 8 preveem, da mesma forma, como tratar aqueles que são afetados pela mudança da situação de não-residente para residente no Brasil. Desta maneira, deve-se comunicar à fonte pagadora a condição; considerar como custo o bem, atualizado até 31 de dezembro de 1995 disposto na lei 8383/91; e os bens situados no exterior devem ser convertidos em reais pela cotação do dólar fixada, para venda pelo Banco Central do Brasil e conforme a data que adquiriu tendo tratamento específico.

### 2.3.1 Análise do Comportamento e Reflexo do Tributário em Relação aos Rendimentos do Não-Residente por Fontes Situadas no Brasil.

**Art. 1º** Os rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior, inclusive de órgãos do Governo brasileiro localizados fora do Brasil, e os ganhos de capital apurados na alienação de bens e direitos situados no exterior por pessoa física residente no Brasil, **bem assim os rendimentos recebidos e os ganhos de capital apurados no País por pessoa física não-residente no Brasil estão sujeitos à tributação pelo imposto de renda**, conforme o disposto nesta Instrução Normativa, sem prejuízo dos acordos, tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil ou da existência de reciprocidade de tratamento. (grifado)

As disposições gerais da Instrução Normativa SRF 208 de 27 de setembro de 2002 representada em seu art. 1º (acima transcrito), o limite da incidência do imposto ao território. Portanto, não haveria lógica em pensar que o não-residente deva pagar impostos para o Brasil de rendimentos e ganhos auferidos em outro território.

Ao ser considerado residente em dois países no primeiro ano, em virtude da falta de entrega da comunicação de saída definitiva, o contribuinte, nesse caso, paga durante todo o exercício, sem compensações, os impostos nos dois países, de forma global, dos rendimentos que auferir dentro e fora do país.

Entretanto a Instrução Normativa 1246 de 3 de fevereiro de 2012, em seu art. 2º, não sujeita o não-residente à obrigação acessória, ou seja, a entrega declaração de ajuste anual. Faz-se da seguinte forma: “Está obrigado a apresentar a declaração o contribuinte residente no Brasil”, quando menciona o contribuinte residente o artigo desobriga o não residente a fazer a declaração, isso tem sua sustentação no art. 5º, inc. II, da CF 1988, que versa “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, a lei não mencionou o não-residente na obrigação, mas essa desobrigação acessória consentida aos não-residentes que investem no Brasil, não os desobriga da principal, ou seja, do pagamento do tributo dos rendimentos e ganhos de capital auferidos, dentro do território nacional. Tampouco os desobrigam das formalidades de registro do patrimônio mantido no território brasileiro, quando da volta do emigrante ao Brasil, para investir, traz consigo um bem, tendo este comprovado a sua origem e sendo do país de sua residência, independente do valor ou de acordos internacionais, não sofre nenhuma tributação. Deste modo, justifica a evolução patrimonial. Pois esses rendimentos foram recebidos em outro território e está totalmente tributado, ou não, mas compete à fonte situada no exterior origem do ganho questionar, analisando em outra ótica se o brasileiro junta um dinheiro e quer investir comprando um bem em outro país seria justo seu dinheiro ser tributado novamente? Certamente não, o que tem haver a renda adquirida aqui com aquele país?

O decreto 3000, de 26 de março de 1999 em seus arts. 682 e 705 diz que os rendimentos de imóveis situados no Brasil de não-residentes estão sujeitos à incidência de imposto na fonte à alíquota de quinze por cento, sendo que para fins de determinação da base de cálculo, será permitido deduzir, mediante comprovação as despesas previstas no art. 50. (que são de gastos com administração e manutenção para auferir o ganho). Hierarquicamente, esse decreto, em vigor, está acima dessa instrução normativa sobrepondo a contradição refletida em seus arts. 35, 36 e 37. Caso não houvesse essa hierarquia, compreende Oliveira (2011, p. 204), no âmbito do poder judiciário em relação a contradição entre as normas “no direito tributário, vige o princípio da dúvida em favor do contribuinte; assim compete a ele descobrir essas contradições”. Assim, de qualquer forma, o



contribuinte não-residente teria uma redução de gastos com impostos de 10%. Dessa forma, a lei não faz nenhuma distinção entre os países, e equipara qualquer não-residente aos brasileiros, se não considerarmos a declaração de ajuste anual. Essa equiparação também foi evidenciada nos arts. 26 e 27 da IN 208, em se tratando do ganho de capital, que também é de 15%. Isto sem considerar o residente de país com tributação favorecida.

Percebe-se que o Brasil incentiva o investimento de não-residente e tende a favorecer a economia trabalhando de forma global.

Atualmente o Brasil não mantém acordo internacional com os Estados Unidos, referente aos bens e rendimentos de não-residente, o que limitou a pesquisa.

Os acordos celebrados entre os dois países referem-se aos rendimentos dos residentes, como não é o objetivo desse trabalho, destaca-se de forma simples e objetiva, um tratamento diferenciado por acordo entre os dois países, que pode ser observado na descrição dos arts. 16 e 19 da IN 208.

### 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com finalidade de levantar a questão tributária do não-residente no Brasil, o trabalho demonstra o posicionamento da política econômica, ficando evidenciado um grande aumento de impostos que se pagam dia a dia, como também a confusão tributária ao perceber dois tratamentos distintos para o rendimento do não-residente com alíquotas diferentes, assim o planejamento se torna importante instrumento de esclarecimento, amenizando a confusão intelectual advinda do ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo melhor preparo para o contribuinte, com a pretensão de conscientizar da importância do planejamento, tornando-o capaz de definir com essa ferramenta a forma mais adequada de se investir.

Mediante a revisão da legislação, a respeito do não-residente, a pesquisa vai à busca da compreensão a fim de oferecer um tratamento legal e tributário de seus investimentos, com intuito de melhor compreensão foi identificado o não-residente e ao descrever a legislação pertinente no que tange aos investimentos e rendimentos compreende-se prontamente através da análise final dos reflexos da legislação na vida do não-residente.

Conclui-se que há o respeito à competência de cada país, percebe-se um ordenamento jurídico que evita a bitributação, e que em relação ao não-residente existe uma única norma do Brasil para todos os países. Para maior entendimento do sistema tributário para pessoa física se faz oportuno prosseguir com a pesquisa de um planejamento para os residentes no Brasil, que fazem ou não investimento fora.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**BRASIL. Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 29 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

**Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, rep.17 de jun de 99.

em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3000.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm)> Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. Instrução Normativa SRF nº 1246, de 03 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre a apresentação da declaração de imposto de renda. Referente ao exercício 2012 **Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, 03 de fev de 2012.

em:<http://www.receita.fazenda.com.br/legislação/Ins/2012/in12432012.htm>>. Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002. Dispõe sobre os rendimentos recebidos de fonte situada no exterior[...] os rendimentos recebidos e ganhos de capital apurados no país por pessoa física não residente no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, 1 de out de 2002.

<<http://www.receita.fazenda.com.br/legislação/Ins/2002/in2082002.htm>>. Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, 28 de dez de 1990.

em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm)>. Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, 28 de dez de 1990.

em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm)>. Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. Lei nº 8383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a unidade fiscal de referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil (DOU)**, 31 de dez de 1991.

em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm)>. Acesso em 17/02/2017.

FABRETTI, Lúdio Camargo. **Contabilidade tributária**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRÁFICO. PIB - BRASIL (2008-2015). **World Bank & OECD**. <<http://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=BR>>. Acesso em 17/02/2017.

GRÁFICO. COTAÇÃO DÓLAR AMERICANO. **Thomson Reuters**. <<http://www.reuters.com/finance/currencies/quote?srcAmt=1.00&srcCurr=USD&destAmt=&destCurr=BRL>>. Acesso em 17/02/2017.

OLIVEIRA, Gustavo Pedro de. **Contabilidade tributária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Luís Martins de. et al **Manual de contabilidade tributária**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SABBAF, Eduardo de Moraes. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Primer Máxima, 2007.

SOUZA, Anselmo. **Curso básico de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Vade Mecum**. 2. ed. São Paulo. 2006.

## SINDICATOS VÃO GERIR OS CONFLITOS DO TRABALHO

**ROBERTO MONTEIRO PINHO:** Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

No Executivo e dentro do próprio Congresso existe uma profunda discussão para definir se a justiça laboral continuará o seu papel de proteger o trabalhador que a ele recorre ou as relações de emprego e a segurança jurídica.

Posso assegurar que os números desalentadores das execuções das ações trabalhistas, não correspondem ao investimento estatal, numa estrutura que está debilitada, viciada, onde a cultura do serviço público moroso, soberbo e acima de tudo insolente com os demandantes, contribuiu decisivamente para que a enfraquecesse como instrumento de solução de conflitos.

Juízes e servidores enveredaram por um caminho que acabou por gerar antipatia e total rejeição dos que militam neste judiciário. Por outro, os números conferidos nas pesquisas de avaliação realizadas com a população, são extremamente caóticos. Isso deprecia a especializada e conseqüente influencia o Congresso a caminhar na direção da sua extinção.

Em 1999, quando geria meu período no Tribunal do Trabalho da 1ª Região, alertei os pares para que evitassem o aparelhamento político da

instituição, por dois motivos básicos. O tempo, eis que as transformações são cíclicas e a disseminação de um antagonismo que levaria a justiça trabalhista para o cadafalso.

Em 2002, com a mudança de governo, veio a euforia, e por entenderem que o líder do Partido dos Trabalhadores (PT) e então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seria um aliado as convicções e aspirações dos seus magistrados e serventuários. Outro ingrediente veio açodar mais ainda esse posicionamento.

Ao longo de seus dois governos e ainda o da sua indicada Dilma Rousseff, Lula, jamais se identificou com este comportamento. É natural, eis que apenas seus atores, se acham importantes no contexto republicano.

**O deputado federal Vítor Lippi (PSDB/SP) informou em seu discurso na Câmara que o Brasil tem de 30 a 40 vezes mais ações trabalhistas do que outras economias do mesmo tamanho ou até maiores. E 90% desses processos são baseados em fraudes. Lippi apresentou dados comparativos coletados pelo sociólogo José Pastore e pelo Conselho Nacional de Justiça. Enquanto os Estados Unidos tem 75 mil novas ações trabalhistas novas por ano, a França 70 mil e o Japão 2,5 mil, o Brasil registra 3 milhões de novos processos por ano. Além do alto número, o parlamentar afirmou que essa média cresce 20% ao ano. Para ele, isso é um risco para a economia nacional.**

Olvidaram esses senhores da estatal judicante, que o presidente, e seu partido estavam intimamente ligados ao universo sindical (via CUT certamente), mas de toda forma só dava abertura a esse segmento. Foram anos silenciosos e a justiça laboral, manteve a mesma postura ousada e, desafiando até mesmo o seu tribunal superior e outros órgãos afetos.

Hoje os discursos do presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, e do Tribunal Superior Eleitoral, Gilmar Mendes, também ministro do Supremo Tribunal Federal, conflitam entre que é preciso proteger o emprego e o equilíbrio nas relações de trabalho.

Diante do impasse os juízes do trabalho e o MPT, requereram e o ministro Gilmar Mendes suspendeu temporariamente as decisões sobre aplicação de acordos e convenções coletivas. Com isso os efeitos de decisões na Justiça do Trabalho que discutam a aplicação de acordos e convenções coletivas que já deixaram de vigorar.

Evidente que a reforma trabalhista precisa do aval sindical. Uma vez em pratica, as negociações coletivas e as decisões dissidiais vão valer, daí que caberá tão somente aos juízes homologar, ou então, mais uma vez repetir, (o que na pratica já fazem) criar dificuldades, com decisões contrárias ao acordado.

Neste ponto, temos que perguntar se o juiz trabalhista é um servidor especializado ou é um julgador imaginariamente ideológico? Para o deputado Vitor Lippi (PSDB/SP) a única explicação para o alto número é que os trabalhadores estão sendo induzidos a promover fraudes ao entrarem com ações que não se sustentam legalmente. Lippi disse que após analisar os números levantados por uma grande empresa paulista, passou a ter convicção de que 90% das ações trabalhistas são baseadas em fraudes.

## CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL: A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DAS FONTES DE PROVA E DA SUA FIABILIDADE

**SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT:**  
Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS,  
Especialista em Processo Penal, Advogada.

**RESUMO:** O presente trabalho busca analisar os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia, frisando a importância em se manter íntegra a cadeia de custódia. Um primeiro momento foi abordado de forma geral e introdutória o tema relativo à prova; seu conceito, os princípios correlacionados e a importância da prova para o processo. Por fim, se analisou a estimação da preservação da cadeia de custódia da prova penal, e os riscos derivados de sua quebra. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica referente ao tema em questão.

**Palavras chave:** Direito processual penal, prova penal, cadeia de custódia, quebra da cadeia de custódia.

**Sumário:** INTRODUÇÃO – 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL: 1.1 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA PENAL; 2 DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL 2.1 DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

---

### INTRODUÇÃO

Nas palavras do professor Aury Lopes Junior (2014) “O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”.

Assim, as provas são o meio pelo qual se poderá alcançar essa finalidade de reconstruir o fato delitivo. Em resumo podemos afirmar que as provas servem para formar a convicção (captura psíquica) do magistrado, além de retratar a reconstrução histórica de um acontecimento passado.

Nas lições de Antônio Magalhães Gomes filho (1997)

Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e,

concomitantemente, cumprem função não menos relevante de justificar perante o corpo social a decisão adotada; assim, considerar a prova como a “*alma do processo*” tanto pode significar a exaltação do seu valor interno – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos -, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante.

Em outras palavras, além de ser um procedimento cognitivo, a prova é também um fenômeno psicossocial; daí a extraordinária importância da natureza das provas e o modo como elas são obtidas e incorporadas ao processo

De tal importância, é essencial que sejam preservados as fontes de provas acolhidas durante a investigação criminal, devendo todo o procedimento ser usado para conservar e documentar a narrativa cronológica das provas e dos elementos informativos.

O presente trabalho, nesse contexto, apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Penal, no programa de Pós Graduação da Faculdade Anhanguera, tem como problemática, a importância da preservação das fontes de prova através da manutenção da cadeia de custódia e os eventuais riscos derivados da sua não observância.

O trabalho será dividido em dois capítulos distintos, que analisarão, mediante pesquisa bibliográfica, as questões que, em nosso entender, são de maior relevância na temática abordada.

Em um primeiro momento será abordado de modo geral e introdutório o tema sobre as provas no processo penal, sua base



constitucional e sua finalidade, e finalmente, de maneira um pouco mais pontuada, os princípios atinentes à prova penal.

No segundo capítulo, será voltado para o tema relativo à cadeia de custódia; seu conceito, importância e as possíveis consequências de sua não observância: a quebra da cadeia de custódia. A intenção para tanto, não é exaustiva, mas apenas, a partir de noções introdutórias e gerais, chegarmos a situar justamente na preservação das fontes de prova, - a necessária salvaguarda da cadeia de custódia -, e averiguar os riscos derivados da sua eventual ruptura.

## **1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL**

Não pretendendo adentrar no mérito sobre “verdade real e verdade processual”, é importante frisar o papel do direito processual penal na reconstrução do fato pretérito, a fim de trazer o conhecimento necessário acerca do ocorrido para o magistrado. Para tanto, é necessária fazer uma “mínima” reconstrução histórica por meio da produção de provas. “As provas são as matérias que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)” (LOPES JUNIOR, 2014).

Assim, já nos é permitido afirmar que é através do processo penal que o Estado irá fornecer instrumentos necessários para a reconstrução de um determinado fato, visando futuramente a aplicação ou não do *jus puniendi*, sendo a prova o mecanismo escolhido para tanto. A prova irá, então, exercer um papel fundamental dentro do processo, pois é através dela que será possível a reconstrução dos fatos para que o julgador forme sua convicção.

Enquanto o processo penal pode ser entendido de forma simplificada sendo o meio pelo qual o Estado, através de uma série ordenada de atos realizados sob a égide do devido processo legal, procede à reconstrução dialética dos fatos propostos na inicial

acusatória, com vistas a determinar a viabilidade, ou não, de aplicação do jus puniendi, pode-se dizer que a prova se constitui no elemento mais importante dessa almejada reconstrução e da própria atividade processual, pois é através dela que se recria na mente do julgador como tais fatos ocorreram, dando-lhes indispensáveis subsídios para o julgamento, funcionando como a verdadeira “alma do processo” [...] (SOUZA, 2014)

Segundo o professor Nereu José Giacomolli (2015)

Provar no processo é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato (que), num espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade criminal do imputado. Assim, prova, na perspectiva totalizante, vincula-se ao resultado.

Dessa forma, a produção probatória tem como finalidade a produção de elementos que visam demonstrar a existência (ou não) de um determinado fato pretérito e todas as circunstâncias que o circundam. Assim, é através dessa produção probatória que o magistrado terá elementos necessários para formar sua convicção.

De tal modo, os mecanismos de prova servem para concretizar o convencimento do magistrado e justificar a decisão que eventualmente for tomada. Tal como enfatiza o professor Aury Lopes Junior (2014) “O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder constituído na sentença”.

“Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra prova tem vários significados”. O processualista elenca três sentidos para a palavra prova: prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio. Prova como atividade probatória seria o conjunto de atividades de constatação e manifestação de um fato em busca da verdade: “como a produção dos meios e atos praticados no processo visando o convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa”. A prova como resultado seria caracterizada pela formação da convicção do juiz no curso da instrução processual: “é a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes”. E a prova como meio, seriam os: “instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática [...]”. (BRASILEIRO, 2014)

Nos ensinamentos de Gustavo Badaró, prova é tudo aquilo que é apto para a construção de um conhecimento de algo ou alguma coisa à outrem. Dessa forma, os meios de prova compõem os utensílios pelos quais são introduzidos no processo os elementos de prova. Diferente da atividade probatória, essa, é constituída pelos atos praticados pelas partes na construção histórica de um fato. (BADARÓ, 2016).

Dessa forma, é importante fazer também uma pequena distinção entre, meios de prova, elementos de prova e fontes de prova.

Meios de provas são os instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo, eles

são utilizados pelas partes para adentrar no processo alguns dos elementos extraídos das fontes de prova.

Elemento de prova são todos os fatos ou situações em que reside a convicção do juiz, tais como a revista pessoal, resultado de perícia, depoimento de testemunhas e etc., o que geralmente é extraído antes da valoração judicial.

Por fim, a fonte de prova é caracterizada por pessoas ou coisas das quais possa se conseguir a prova, via de regra anteriores ao processo.

Em suma, para que o julgador eventualmente profira uma decisão, é necessário que tal deliberação seja pautada na maior expectativa de veracidade, o que será possível através da produção probatória.

Nesse sentido, para que o magistrado profira a decisão, é necessário que se convença da maior probabilidade de veracidade de uma hipótese em relação à outra. E é através da produção de provas que ocorrerá a formação desse convencimento, observando-se, sobretudo, o direito ao contraditório à ampla defesa e ao devido processo legal. (EBERHARDT, 2016)

Desta forma, já efetuado tais limites conceituais sobre a prova penal no direito processual brasileiro, será analisado de forma breve os princípios processuais aplicados a ela, para que assim, os limites constitucionais sejam respeitos, e a eventual prova seja lícita.

### 1.1 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA PENAL

Segundo a Carta Magna, ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, e de tal princípio derivam tantos outros princípios e garantias fundamentais, sendo que muitos deles estão intimamente ligados a produção probatória.

O primeiro princípio importante de se considerar relativo a atividade probatória no processo penal brasileiro é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. A busca da verdade pelo Estado, por meio dos elementos de prova deve bastar-se a este princípio,

pois, não será possível a adoção de qualquer meio de prova que atente contra a dignidade da pessoa humana, o que levaria a aniquilamento da estrutura republicana brasileira (NICOLITT, 2014).

A *presunção de inocência*, também consagrado pela Constituição Federal (1988), assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nas palavras do professor Nereu Giacomolli (2014) “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional e convencional”.

Assim, tal princípio impõe que não pode ser considerado culpado o acusado antes do trânsito e julgado da sentença condenatória, incumbindo à acusação o encargo de afastar tal presunção de inocência.

Vale lembrar que diante do estado de inocência, a acusação irá representar apenas mera presunção de culpabilidade para o órgão julgador, e apenas será convertido em um futuro juízo condenatório somente após a sua constatação pela acusação, não sendo necessário que o acusado comprove sua inocência. Em outras palavras, o que deve ser provado é a culpa, e nunca o estado de inocência (GIACOMOLLI, 2014).

Ao lado do princípio da presunção da inocência, temos o *princípio da proibição das provas ilícitas*. Sendo inadmissível no processo qualquer prova obtida por meios ilícitos (NICOLLIT, 2014).

Tal vedação é decorrência direta do Estado Democrático de Direito, que não se pode admitir a punição do indivíduo a qualquer custo. Para o Professor Aury Lopes (2014), é de suma importância que se comece fazendo uma diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas (as provas ilícitas todas aquelas que ferem algum preceito constitucional ou legal, e as ilegítimas são aquelas obtidas mediante desobediência à uma norma processual).

A distinção é ainda mais importante se formos considerar que a prova ilícita que não é passível de repetição, já que o vício

se vincula ao momento de sua obtenção, e a prova ilegítima poderia sim ser repetida, já que o defeito se dá exclusivamente na dimensão processual.

Dessa forma, devem ser entendidas também como ilícitas, as provas por derivação – provas que são adquiridas por meio de uma prova ilícita -, trata-se da chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). “No sistema processual brasileiro não havia previsão acerca da ilicitude por derivação, ou seja, da obtenção de uma prova (lícita) por um meio ou metodologia probatórios ilícitos. É o denominado efeito expansivo da ilicitude ou prova reflexa (GIACOMOLLI, 2014).

Assim, para o professor Nereu Giacomolli (2014), “admitir que a prova derivada de uma ilicitude seria incrementar a utilização de procedimentos inconstitucionais e inconventionais que, indiretamente, surtiriam efeito”. Mesmo havendo exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, não é objeto do trabalho estudá-las, apenas retratamos a importância de fazer menção da existência de tais exceções.

Outrossim, as provas ilícitas são inadmissíveis no ordenamento brasileiro, e devem também, ser desentranhadas do processo.

Dessa forma, todas as provas apresentadas aos autos merecem ser contestadas pela parte interessada, como contraprova, tratando-se de legítima garantia processual. No artigo 5º, LV, da Constituição Federal, prevê que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral, serão assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios a ela inerentes. Dessa forma, qualquer prova que não for submetida ao crivo de contraditório não pode ser considerada pelo magistrado.

Desta feita, a garantia do contraditório tem como condão, proporcionar as partes o exercício processual dialético e participativo, tal como nos ensina Nereu Giacomolli (2014) “A garantia do contraditório propicia às partes o exercício processual dialético e participativo, após o conhecimento das proposições, alegações, provas, matéria fática, teses jurídicas, contribuindo e

influindo na construção do processo e do decisum, de forma democrática”.

Ao falar do princípio do contraditório, o professor Aury Lopes Jr. (2014), leciona que este “deve ser visto como um direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *ter procedimental*.”

Novamente, voltamos à importância do convencimento do juiz, este, que, deverá formar sua convicção na livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Não podendo o juiz formar sua convicção tão-somente em elementos informativos colhidos na fase de investigação. Tal como leciona André Nicoliti

[...] o devido processo legal é um conjunto de princípios, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a motivação e etc. Aqui isso fica muito evidente, pois temos que trabalhar também com o princípio da presunção de inocência, o que impõe à acusação o ônus da prova e ainda como regra de julgamento o *in dubio pro reo*. Destarte, se a prova produzida sob o crivo do contraditório, por si só, é incapaz de possibilitar a formação de um juízo condenatório, está evidenciada insuficiência de prova, impondo-se a absolvição do réu. (NICOLITT, 2015)

Por sua vez, o princípio da *ampla defesa* é diretamente relacionado com o princípio do contraditório. Pois como foi exposto, um dos principais condões do contraditório é garantir a paridade de armas, e o princípio da ampla defesa assegura ao acusado não só direito à uma defesa pessoal (exercida pela próprio acusado/investigado, podendo ser manifestada pelo depoimento pessoal, ou até mesmo pelo direito de permanecer em silêncio), mas também uma efetiva defesa técnica (defesa por pessoa habilitada no exercício da advocacia).

## **2 DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Não há como o juiz pautar seu convencimento em uma prova que não se conhece as fontes. Nas palavras de Geraldo Prado (2014), no atual processo penal é de suma importância que se possa verificar “a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova – isto é, da escrupulosa legalidade do acesso às fontes de prova e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes”

Entretanto, apenas conhecer a fonte inicial da prova não é suficiente, é necessário que se conheça a integralidade da cadeia de custódia.

Podemos definir cadeia de custódia como sendo um ciclo de atos/eventos que devem manter a idoneidade e integridade dos elementos que serão eventualmente utilizados como provas.

A estimação pela integral preservação da cadeia de custódia atinge todo o sistema penal na qual a prova está inserida, devendo todos os atores serem responsáveis pela sua integridade.

Nas palavras de Alberi Espindula (2013), a cadeia de custódia nada mais é do que a “garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração – apresentação, até o ato final do processo criminal”

Segundo Marinho (2011), o Estado não deve apenas preservar a idoneidade e integridade da prova penal, mas também, tem o dever de mostrar a história da prova, a sua natureza, origem, e etc. E só assim, poderá se dizer que a prova foi produzida de maneira cristalina, já que foi possível manter a memória da prova em todas as fases.

O Estado também não tem apenas o dever de preservar a integridade e idoneidade da prova, mas, também de mostrar a história da prova, ou seja, a sua origem, sua natureza, como foi coletada, hora e data de cada ato, como foi acondicionada, transportada, armazenada e analisada com registro de todos os atos integrante da cadeia de custódia. Desse



modo, podemos dizer que a prova fora produzida de forma transparente e com qualidade, permitindo assegurar a memória de todas as fases. (MARINHO, 2011)

Assim, podemos dizer que a cadeia de custódia é formada por uma série de procedimentos técnicos e científicos que irão prover a informação necessária para demonstrar que a prova foi mantida íntegra desde a sua origem.

De especial relevo para a análise de valoração das provas o momento em que ela é colhida, que pode coincidir com o momento em que ela é apresentada em Juízo, mas na prática isso quase não acontece. Informações são coletadas durante a investigação criminal, são ordenadas, esclarecidas, explicadas ou não, depois outras são acrescentadas. Na fase investigativa preliminar não há rito, e a investigação evolui conforme estratégia dos agentes que dela são encarregados. Todos os dados são processados em análise e se convertem em suporte para o início da ação penal. (MENDRONI, 2015)

Geraldo Prado (2014), acredita ser a cadeia de custódia ser um dispositivo que visa assegurar a integridade dos elementos de prova. Já que o conhecimento das fontes de prova pela defesa é mais do que fundamental.

O rastreamento das fontes de prova será um tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado. (PRADO, 2014)

Em outras palavras, a cadeia de custódia é “um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de inferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória” (PRADO, 2014).

De acordo com Alberi Espindula (2009), que leciona sobre a cadeia de custódia em relevo:

Claro está que a finalidade da cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial.

Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. Podemos voltar mais ainda: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também – já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado.

Nas palavras de Marinho (2011):

A cadeia de custódia é constituída por uma série de atos interligados, sem deixar lacuna, visando a segurança e confiabilidade do

processo em que os vestígios estão submetidos, bem como a manutenção da integridade conforme sua natureza. Todos os atos devem ser registrados, inclusive os profissionais que preservaram o local e os que manusearam com os vestígios desde a coleta, transporte, recebimento pelos órgãos de perícia oficial e armazenamento.

Assim, como noticia Prado (2015) “a exigência da preservação da cadeia de custódia das provas configura elemento fundamental de adequação do processo penal ao estado de direito”.

A cadeia de custódia é o principal meio para que uma prova se mantenha lícita e íntegra. A responsabilidade de conservação da idoneidade processual da prova e das fontes de prova são partilhadas a todos os agentes do Estado. A obrigação de atos uniformizados é de suma importância, para que diante dos questionamentos da defesa do acusado, as provas permaneçam fortes e confiáveis, servindo de elemento ímpar para convicção do magistrado.

Em resumo, podemos traduzir a cadeia de custódia em uma série de atos que tem como principal finalidade impedir a manipulação indevida por parte dos custodiados após a apreensão dos elementos probatórios. Com o objetivo maior de zelar pela idoneidade e integridade dos elementos probatórios que eventualmente irão servir para prevenir uma possível decisão errônea venha a ser dada pelo magistrado, iludido por aquela falsa convicção formada por elementos que não tiveram suas fontes preservadas.

## 2.1 DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Como já foi exposto, a cadeia de custódia consiste em assegurar a idoneidade da prova obtida, buscando evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua fonte, o modo como foi colhida, o caminho percorrido, etc. A quebra da cadeia de custódia consiste justamente no não cumprimento dessa finalidade.

Uma das feições mais difíceis na obtenção das fontes de prova versa em preservar a integridade de todo um processo que foi realizado minuciosa e sigilosamente, e que se não for preservado irá comprometer todo o conjunto de elementos que foram colhidos. É justamente, a quebra da cadeia de custódia que se tenta evitar a todo custo.

Comprovado a quebra da cadeia de custódia todos os elementos ocorridos após, deverão ser inutilizados e desentranhados do processo. Com a devida exclusão física da prova e de todas que dela foram derivadas. Pois, trata-se de verdadeira ilicitude da prova, devendo o magistrado reconhecer a sua ilicitude e sua eventual extensão.

A teoria da quebra da cadeia da custódia da prova, ou “break on the chain of custody”, é frequentemente alegada quando não é disponibilizado para defesa a forma integral das provas. Ou seja, quando houve em qualquer tipo de ruptura da cadeia de custódia da prova, por exemplo, quando uma prova não passou pelo crivo do contraditório.

Geraldo Prado (2014) noticia que, qualquer interrupção, mesmo que consentida na cadeia de custódia, haverá o enfraquecimento ou destruição da prova. Por esse motivo, ele acredita que o melhor modo é que a cadeia de custódia seja formada pelo menor número de custodiados possíveis. Afinal, quanto menor o número de pessoas que tiverem acesso aos elementos probatórios, menos eles serão manipulados. E ao final, menos correrá o risco da quebra da cadeia de custódia.

Para o autor (PRADO, 2014), ocorrendo a quebra da cadeia de custódia, não há de se verificar se houve ou não má-fé do agente custodiado, mas que, deve-se impor de plano o *in dubio pro reo*. Pois, com a destruição dos meios informativos é impossível o exercício do direito de defesa e da própria fiscalização judicial. Já que elimina qualquer tipo de possibilidade de se ter acesso a informações que, de primeira mão, poderiam justificar a intervenção da natureza cautelar, podendo ainda, se relacionar com outros elementos de prova. (PRADO, 2015)

Com efeito, em um processo penal que se legitima a partir da verdade processual, não se vigoram providências que resguardem de fato o caráter cognitivo da persecução penal, que não se justifica juridicamente quando fundadas em impressões pessoais, sentimentos ou valores pré-concebidos, a dispensar a incidência e operação de elementos informativos obtidos de modo lícito. (PRADO, 2015)

Nas provas que servem como verdadeira evidência, tais como o DNA ou as interceptações telefônicas, a inquietação sobre a quebra da cadeia de custódia é ainda maior, pois se valem como meios para obtenção da incessável “busca pela verdade”, pois, muitas vezes os juízes constroem a maior parte de seus convencimentos em cima delas, como se elas bastassem por si próprias.

A rigor, além de escavar lacunas nos elementos probatórios e torná-los porosos e carentes de dados capazes de orientar em outra direção a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia indica a perversão dos fins da cautelar: no lugar da “aquisição” e “preservação” de elementos informativos, a medida tende a instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes elementos, esgrimindo os remanescentes com apoio no efeito alucinatório das evidências. (PRADO, 2015)

Por fim, verificando a quebra da cadeia de custódia, a prova será excluída do processo, tornando-se ilícita. Pois, é justamente a cadeia de custódia que irá garantir que a prova passou pelos trâmites do contraditório e ampla defesa, não desmerecendo nenhuma garantia processual, fazendo com que se torne possível a paridade de armas no processo. Desta feita, a não preservação

dos meios de prova acarreta ao descrédito da prova, podendo levar a nulidade de todo o processo.

### **CONCLUSÃO**

Ao decorrer do trabalho, viu-se a importância do instituto da prova para o processo penal. Analisou-se algum dos principais princípios atinentes à prova e ressaltou-se a importância da preservação destes para garantir a licitude da prova penal, e assim ser possível falar em um processo penal democrático.

A partir do estudo dos princípios, - cujo o fundamental expoente é o devido processo legal -, ficou claro que, falar que a completa descrição dos atos da cadeia de custódia forma uma verdadeira e legítima garantia fundamental e processual para as partes.

Dada a importância mor da prova para o processo penal, viu-se a necessidade de se garantir que as provas sejam zelas desde sua colheita até o fim do processo.

Constatou-se que a cadeia de custódia, tem como finalidade impedir a manipulação indevida do material coletado após sua apreensão, visando obter a máxima autenticidade dos elementos probatórios que servirão para impedir uma possível decisão errônea por parte do magistrado, deixando cristalino: o caminho percorrido, os meios utilizados e a origem dos materiais colhidos.

E que a constatação de eventual quebra da cadeia de custódia deslegitima a prova penal, tornando-a ilícita. Devendo ser inutilizada e desentranhada do processo. Observando também as provas que derivaram daquela.

### **REFERÊNCIAS**

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. – Primeiro volume -. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ESPINDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3ª ed: Campinas: Millenium, 2009

GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José et al (Orgs). **Prova Penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://grecofilho.com.br/Artigos>. Último acesso em 15 jul. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – Volume único**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOPES, Jr., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>.>. Acesso em: 26 jun, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

MARINHO, Girlei Marinho. **CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PERICIAL**<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 jun. 2016

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **O ônus da prova na ação penal condenatória: aspectos principiológicos e jurisprudenciais**. 1º edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. – 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014

SEVERO, Maria Alice dos Santos. **Quebra da cadeia de custódia na operação ouro verde: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade.** Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_1/maria\\_severo.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_1/maria_severo.pdf). Acesso em: 26 jun, 2016.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional.** – 2º ed. – Curitiba: Juruá, 2014.

TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução José Gabriel Couto. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014



## **UMA ANÁLISE DO DIREITO AGRÁRIO: DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE INTERESSE SOCIAL E UTILIDADE PÚBLICA**

**DINAMARES FONTES DE SANTANA:**

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - AGES. Auxiliar de departamento pessoal.

**RESUMO:** O presente artigo vem nos proporcionar uma visão acerca dos vários institutos do direito. Serão abordadas questões relativas à desapropriação de um bem para fins de interesse social e utilidade pública, a reforma agrária, a função social da propriedade, política urbana e fundiária, entre outros. Desta forma será feito um esboço minucioso acerca do direito agrário, na qual, analisaremos partindo de conceitos por doutrinadores da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito agrário, desapropriação, função social, administração pública.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

É perceptível que a formação da propriedade rural no Brasil teve início com a colonização que distribuiu o território em capitâneas hereditárias, dando ensejo a lei das terras de 1850. Diante de tais argumentos entende-se por direito agrário sendo um conjunto de normas jurídicas atinentes ao aproveitamento do imóvel, já o seu escopo constitui em regular os direitos e obrigações aos bens rurais para fins de efetivação da reforma agrária e promoção da política agrícola, assim dispõe o art. 1º do estatuto da terra. Porém o direito agrário teve ênfase com a criação da lei 4.504/64, estatuto das terras, na qual, regulamenta sobre as questões associadas ao direito agrário.

### **2. O DIREITO AGRÁRIO E SUA APLICAÇÃO NOS RAMOS DO DIREITO**

O direito agrário é aplicado em variados ramos do direito, o estatuto da terra e suas regulamentações informam e disciplina a organização do INCRA entre outros, órgãos administrativos da reforma agrária, consistir em órgãos estatais que dar cumprimento à reforma e política agrária, e as

questões referentes à desapropriação para interesse social, temos o desempenho do estado na proteção da agricultura, através de órgãos da administração, como o instituto do arroz, açúcar, entre outros. Assim trata-se de matéria do direito administrativo.

Quanto à aplicação do direito agrário no processo civil, na qual, disciplina o art. 107 do estatuto da terra, dizer respeito ao litígio judiciais entre proprietários e arrendatários rurais que corresponderão às regras do art. 275, II, b, do CPC, ou seja, todos os litígios nascidos do direito agrário obedecerão às regras do código processo civil. Ao tratar de direito urbanístico que surgiu com a necessidade de se ordenar com desenvolvimento das cidades em decorrência da migração da população rural para as cidades, há uma relação ao direito municipal, já que as normas urbanísticas municipais, surgindo o estatuto da cidade, lei nº 10.257/2001, na qual, foram outorgados aos estados a criação e planejamento das regiões metropolitanas.

Desta forma é perceptível a importância desta matéria, pois tem uma relação abrangente em diversos ramos como: direito civil, direito penal, economia entre outros.

### **3. POLÍTICA URBANA E FUNDIÁRIA.**

Entende-se por política sendo um conjunto de providências que tem por objetivo distribuir espaços habitáveis, tendo em vista a melhoria das condições de vida do homem na comunidade. Segundo Bulos “O urbanismo é a incumbência de todos os níveis de governo e se estende a todas as áreas da cidade e do campo, onde as realizações humanas possam contribuir para o bem estar individual e coletivo”. (p.1497, 2010). Quanto à política fundiária está se tratam do destino das terras devolutas e públicas do nosso país, bem as terras devolutas eram aquelas concedidas em sesmarias, eram devolvidas ao poder público, eram sem dono. Segundo Bulos “As terras devolutas são as que se distanciam do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, sem se incorporar a qualquer título, ao patrimônio dos particulares”. (p. 1502). É de suma importância que a alienação ou concessões de terras públicas para fins de reforma, está disciplinada no art.188, §2º, da CF, no entanto a distribuição de imóveis rurais através da

reforma agrária receberão títulos de concessão de uso ou de domínio, inegociáveis pelo prazo de 10 anos.

Observa-se que o direito agrário é vasto, e possibilita a melhoria para sociedade, seja através da desapropriação, concessão, aquisição, entre outros.

#### **4. REFORMA AGRÁRIA.**

O direito agrário teve forte influência pela colonização portuguesa, assim a distribuição de terras no Brasil se formou através de Portugal influenciando o homem no campo. Segundo Bulos “A reforma agrária é um programa de governo, levando a cabo mediante a intervenção na economia agrícola, que, mantendo o modo de produção existente, promove a repartição da propriedade e da renda fundiária”. (1504). Assim a reforma agrária dá ensejo há uma distribuição do rendimento social-agrícola, deslocando utilidade de qualquer das camadas interessadas.

A reforma agrária tem por intuito a questão do homem do campo a sua propriedade e com a finalidade de grande produção para o mercado, de acordo com o art. 1º, §1º, do ET. No entanto a consequência de um dos fins da reforma agrária sendo a distribuição da terra através de alterações no regime de sua posse e uso.

“A distribuição da terra é aquela que tenha condições de explorá-la, aumentando a produção nacional para o mercado interno e externo, daí surge à colonização, sendo uma forma de distribuir a terra, pode ser oficial ou particular e a distribuição da terra repercute na economia e na política de cada nação, a ela se vinculam a produção, indústrias, o equilíbrio entre a cidade e o campo”. (Silvia Opitz, P.192, 2011).

Partindo desse ponto, a reforma agrária traz um equilíbrio político, a colonização oficial é caracterizada pela entrega de terras do estado podendo ser devolutas ou não, já a colonização particular, está é norteadada pelo princípio da função social da propriedade, art.170, III, CF. A distribuição das terras públicas se

faz da seguinte forma: as de propriedades da união, as conservadas pelo poder público para obras ou serviços de natureza diversa, as devolutas da união, dos estados e municípios. A transferência da propriedade oficial está disciplinada no art.6º, lei 4.947/66.

## **5. A DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL E UTILIDADE PÚBLICA.**

Entende-se por direito administrativo, um conjunto harmônico de princípios jurídicos que conduzem os órgãos e as atividades públicas predispostas a realizar concreta, imediatamente direta os fins desejados. No entanto temos alguns princípios que norteiam a administração como: o princípio da legalidade, publicidade, supremacia do interesse público, eficiência, impessoalidade, assim na administração pública temos os domínios públicos de acordo com Hely Lopes “Sendo o poder que o estado exerce sobre os bens próprios e alheios”. (P. 546). Nesta a linha de pensamento temos a questão das terras rurais, particulares ou públicas e terrenos urbanos, as primeiras destinam-se a agricultura, pecuária ou fica intocável para preservação da flora, fauna entre outros, já os terrenos urbanos destinam às construções comerciais ou edificação residencial, para fixação do perímetro urbano o município não estar sujeito de concordância da união, basta apenas que preencha os requisitos legais para urbanização da área, promulgue a lei local e comunique ao INCRA e aos registros imobiliários.

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, assim impondo ao proprietário a perda de um bem, suprir em seu patrimônio por justa indenização. Desta forma há duas fases de procedimento a declaratória e executória, a primeira estabelece no momento que poder o público declara utilidade pública ou interesse social do bem para fins de desapropriação. De acordo com Di Pietro “A declaração de utilidade pública tem os efeitos: submete o bem à força expropriatória do estado, fixa o estado do bem atribui ao poder público o direito de penetrar no bem a fim de

fazer verificações e mediações, dá início do prazo de caducidade da declaração”. P.170.

Portanto esta sobrevém compulsoriamente sobre o proprietário, sujeitando aos atos administrativos e judiciais indispensáveis a efetivação da medida, trata-se de uma decisão executória do poder público.

Quanto à segunda fase de desapropriação executória pode ser judicial ou administrativa, sendo o ato em que, o poder público solicita a desapropriação, pela integração do bem no patrimônio público.

A desapropriação por interesse social quando o estado atua diretamente nas classes mais pobres da população visando à melhoria nas condições de vida, assim, o art. 5º, XXIV, disciplina os casos de interesse social e art. 184 paragrafo único, disciplina a desapropriação por interesse social para fins de reforma agraria, assim cabe a união desapropriar por interesse social, o imóvel rural que não cumprir a sua função social.

A desapropriação por utilidade pública fundamenta sendo uma utilização da propriedade é vantajosa e apropriada ao interesse coletivo, art. 5º, XXIV, da CF. No entanto o decreto-lei 3.365/41, disciplina sobre a desapropriação por utilidade pública, na qual o seu art. 2º ressalta que mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pelos estados, municípios, união, distrito federal e territórios.

## **6. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL.**

O art. 5º, XXIII, da CF, explicita que a propriedade atenderá sua função social, bem como o art. 170, III, 184 da CF, sob pena de ser desapropriada já que é de interesse social, no entanto o art.186 da CF dispõe sobre os requisitos para a propriedade rural cumprir a função social.

“Cumpra a função social a propriedade que aproveitamento racional e adequado, uso adequado de recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, exploração que

favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores, respeito as disposições que regulam as relações de trabalho”. (Bulos, 1504, 2010).

Daí a necessidade da propriedade cumprir a sua função social, pois proporciona um benefício a coletividade.

Já a propriedade urbana cumpre sua função social no momento que acata as exigências básicas de ordenação da cidade expressas no plano diretor, como demonstra o art. 182§2º da CF.

É necessário a propriedade exercer sua função social para evitar a desapropriação, temos a desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana está disciplinada no art.182 e 183, da CF, além da lei nº 10.257/01, a desapropriação é composta como um dos institutos jurídicos que estabelecem instrumento da política urbana é aplicável à desapropriação somente nos municípios que tenham um plano diretor aprovado por lei, as desapropriações de imóvel urbano são feitas com prévia e justa indenização em dinheiro, art. 182,§3º da CF. Já a desapropriação por descumprimento de função social da propriedade rural, esta disciplinada na lei complementar nº 88/96. No entanto apresenta as seguintes características:

“É de competência da união, o imóvel deve estar descumprindo sua função social, não pode incidir sobre pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, e sobre a propriedade e produtiva, o pagamento é feito em títulos da dívida agrária, resgatáveis até 20 anos, sendo as benfeitorias úteis e necessárias pagas em dinheiro”. (Di Pietro, P.169, 2012).

Percebe-se a importância da propriedade cumprir sua função social, tanto a propriedade rural bem como a urbana que no caso de descumprimento dá-se ensejo a desapropriação para fins de reforma agrária.

## **7. CONCLUSÃO**

Diante de tais argumentos tivemos uma visão abrangente acerca do direito agrário, que é norteado pela constituição federal e o estatuto da terra bem como a reforma agraria e sua finalidade. Foi perceptível que o instituto da propriedade rural e urbana pode ser desapropriado quando não cumpre sua função social.

Por fim, foi um estudo que contribui muito para um conhecimento aprofundado das disciplinas: direito agrário e urbanístico, direito administrativo I, direito administrativo II.

### **REFERENCIAS**

OPTIZ, Silvia: curso de direito agrário. Saraiva 2011, São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia: curso de direito administrativo. Atlas, 2012, São Paulo.

MEIRELLES, Hely Lopes: direito administrativo brasileiro. Malheiros, 2010 São Paulo.

MECUM, Vade: revista dos tribunais, 2010, São Paulo.

BULOS, Vadi Lammêgo: direito constitucional, 2010, Saraiva, São Paulo.

## **Tabelionato de notas: um dinossauro na era digital**

**LEANDRO BRESCOVIT:** Assessor Jurídico - Procuradoria Geral do Estado/RS, Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

De que o mercado rege a existência, a permanência e a extinção de determinados serviços/profissões, poucos hão de discordar. O tempo e as alterações tecnológicas são elementos que referendam a afirmação supra. Vide o destino dos operadores de telefonia, acendedores de lâmpadas e tantos outros, cuja evolução tecnológica suplantou-os. Contudo, situação bastante peculiar e que, de certa forma, destoava de tal assertiva, diz com certas profissões/atividades, cujo exercício depende de autorização do Estado, sendo prestado por particular. Nesse ponto cremos que a profissão/atividade de tabelião de notas é um bom exemplo, motivo pelo qual sua existência precisa ser analisada, sob o mote da necessidade e da evolução tecnológica.

Partindo desses apontamentos, é de se perquirir: os serviços prestados pelos tabelionatos de notas ainda se fazem necessários? Em uma economia de mercado, sem a intervenção estatal, sobreviveriam? Sua demanda é por necessidade ou por imposição legal? Acompanham a evolução tecnológica?

Prescreve o art. 7º da Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal (dispõe sobre serviços notariais e de registro), que *“Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações, públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias.*

Nesse ponto é de se analisar as atribuições sob a realidade atual, observando a necessidade dentro de uma economia de mercado, aliado aos avanços tecnológicos.

I - lavrar escrituras e procurações: escritura pública na mais é do que a expressão de um contrato. Nada que conste



em uma escritura não pode estar em um contrato particular, digitado e assinado, com alguma forma convencionada entre as partes. Não é porque a norma impõe a utilização de escritura pública para determinados atos, que tal desnatura a expressão de vontade das partes, envolvendo um objeto, lugar para cumprimento da obrigação etc.

O artigo 108 do Código Civil dispõe que "*Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País*". Nesse caso, além do valor, o que diferencia a transação de imóvel de 30 salários-mínimos e de 31 salários-mínimos?

Bom que se diga que há lei dispersas que dispensam a necessidade de escritura pública. Cite-se aqui: compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Lei nº 6.766/79), compra e venda de imóvel de qualquer valor com financiamento mediante a contratação da alienação fiduciária em garantia, o mútuo com alienação fiduciária em garantia imobiliária, nos termos do SFI (Lei nº 9.514/97, arts. 38 e Parágrafo único do art. 22, com redação dada pela Lei nº 11.076/2004), a compra e venda de imóvel de qualquer valor com financiamento do SFH (art. 1º da Lei nº 5.049/66, que alterou o art. 61 da Lei nº 4.380/64).

Conclusão lógica é que se a escritura pública é desnecessária para a transmissão de imóvel em algumas situações, pode ser dispensada em todas. Logicamente que aqueles que optarem, por livre manifestação de vontade (sem imposição legal) em lançarem seus atos de vontade pela referida forma, poderão fazê-lo. O que se combate são as exigências legais de sua utilização, impondo ao contribuinte um serviço.

No que atine a confecção de procurações públicas, há outros meios de autenticação, muito mais modernos que

autorizam identificar outorgante/outorgado, bem como os atos delegados.

II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados: se os tabeliães dependessem da lavratura de testamentos para sobreviverem, por certo já teriam sucumbidos, dado o completo desuso de tal ferramenta. Segundo Aryanne Faustina da Silva<sup>[1]</sup> *“o testamento era encarado pelas sociedades cristã-católicas, como uma forma de obtenção da salvação da alma do fiel. Acreditava-se que seria muito perigoso que um indivíduo falecesse sem que seu testamento fosse redigido”*. Tais dogmas foram superados pela diminuição da influência católica. Foram revogados pela existência outros meios mais modernos de transmissão de propriedade (doação em vida, doação de nua propriedade, com reserva de usufruto etc.).

Se outrora a prática testamentária foi importante, não é mais. É fino exemplo de revogação temporal/cultural, que, de certa forma, exprime a própria atividade de tabelião. E se a atividade vira supérflua, seu executor tende a desaparecer.

III - lavrar atas notariais: aqui há dificuldade de se indicar o que venha a ser ata notarial, simplesmente porque seu uso é diminuto ou inexistente. Buscando-se uma conceituação (disponível em [http://www.atanotarial.org.br/artigos\\_detalhes.asp?Id=6](http://www.atanotarial.org.br/artigos_detalhes.asp?Id=6)) tem-se que

*“Ata notarial é o instrumento público no qual a pedido de pessoa capaz o tabelião formaliza um documento narrando fielmente tudo aquilo que verifica com seus próprios sentidos sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão, ou seja, narra e materializa os acontecimentos em sua essência, constitui prova para ser utilizada quando conveniente, de modo que a veracidade (juris tantum) somente poderia ser retirada através de sentença transitada em julgado (...)”* Instrumento público no qual o tabelião ou preposto autorizado, a pedido de pessoa capaz ou representante legal, materializa

*fielmente em forma narrativa o estado dos fatos e das coisas, de tudo aquilo que verifica com seus próprios sentidos sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão, portando por fé que tudo aquilo presenciado e relatado representa a verdade, consignando-os em livro de notas".*

Por sua vez, o art. 384 do novo CPC (sem correspondência com o Código de Processo Civil de 1973), buscando tirar do limbo tal normativo, declinou que *“A existência e o modo de existir algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”*.

Aqui não cabe indicar se tal normativo é fruto de *lobby* da categoria ou algo do gênero. O fato é que é letra morta, cuja aplicabilidade, salvo melhor juízo, não ocorrerá. Há outros meios mais modernos que a própria tecnologia oferece para comprovar fatos que o tabelião pode atestar. Demais disso, há agentes públicos com fé pública que já efetivam tais labores (oficial de justiça, dentre outros). Em suma, é um monstro enxertado que não terá o condão de por em evidência a atividade de tabelião de notas.

IV - reconhecer firmas e V - autenticar cópias: ditos serviços, na mesma linha das escrituras públicas, somente são necessários porque a própria lei assim impõe. Na prática, tais atos já estão superados pela tecnologia. Um certificado digital executa o mesmo procedimento do que um reconhecimento de firma, com a vantagem de ser ágil e menos oneroso, o mesmo se processando com a autenticação de cópias. A utilização de banco de dados próprios supre tal demanda, de modo que, se todas as exigências legais que impõem o reconhecimento de firma e autenticação de cópias fossem suprimidas, as práticas já adotadas supririam os atos, não havendo qualquer prejuízo aos princípios que regem a norma dos tabelionatos (publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos).

Reconhecer firma, além de ser um ato arcaico, com dispêndio de tempo, é por deveras oneroso, fazendo parte de um passado remoto. Ainda não é de todo sepultado por um apego, demasiado, ao papel e, como dito, por imposições legais, em uma desmedida intervenção estatal.

Dito isso, é de analisar a principiologia que rege os serviços notariais.

Segundo consta do Art. 1º da *“Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”*. Analisando referidos princípios, sob o mote tecnológico, tem-se que:

**Publicidade:** longe dos elaborados conceitos jurídicos de publicidade (no mais das vezes talhados ainda no milênio passado), na era digital, publicidade é estar público 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano. Não se confunda estar disponível, com estar público. No primeiro caso, pagando determinadas quantias (cuja modicidade está longe de ocorrer, conforme abordado infra), tem-se ao alcance determinado ato notarial. No segundo caso, é tomar conhecimento de algo no momento em que se deseja, bastando para tal ter acesso à Rede Mundial de Computadores, no mais das vezes, sem qualquer pagamento.

**Autenticidade:** na mesma linha da publicidade, autenticidade no mundo digital não é saber se determinada assinatura é ou não de determinada pessoa, utilizando-se dos mais arcaicos instrumentos. É buscar nos elementos da informática as ferramentas para tal. Vide, nesse ponto, a utilização de certificados digitais<sup>[2]</sup> que cumprem, com propriedade, seus objetivos.

**Segurança:** a segurança de um ato jurídico não deve estar fulcrada na sua forma, mas sim no seu conteúdo. O abandono gradativo de uma formalidade desmedida é fato indiscutível que coloca o trabalho efetuado no tabelionato de notas em um segundo plano e, no mais das

vezes, desnecessário. Segurança parte de um conceito de confiabilidade, relação essa que se cria por inúmeros outros meios.

Eficácia dos Negócios Jurídicos: A eficácia dos negócios jurídicos, até então pautada por rigorismo procedimental acentuado, acaba sendo derogado pela tecnologia digital. O sujeito que, de posse de seu cartão de crédito, adquire uma mercadoria, sem qualquer contato com o vendedor, nem a entrega física de valores, não deixar de efetuar um negócio jurídico, nem tem sua eficácia questionada. Em eventual inadimplemento, terá arcabouço para reparar seu dano, passando ao largo de qualquer ato notarial, mormente o alargamento, no âmbito judicial, de qualquer meio de prova existente.

Portanto, referidos princípios em nenhum momento restam diminuídos, caso aplicados os implementos tecnológicos já existentes.

Sendo a atividade notarial serviço público (ainda que haja alguma discordância quanto a tal natureza), as diretivas desse devem encontrar eco. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 671)<sup>[3]</sup> *“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”*.

No que toca a atualidade do serviço a ser prestado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>[4]</sup> (2002, p. 428) declina que *“tido como cláusula de progresso, o princípio da atualidade vem a ser um corolário do princípio de eficiência, no sentido de que o progresso da qualidade das prestações aos usuários deve ser considerado um dos direitos do cidadão, de modo que o Estado, ao assumir um serviço como público, impõe-se também o correlato dever de zelar pelo seu aperfeiçoamento, para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível”*.

Assim, para que um serviço público deva ser prestado, além de ser necessário e eficiente, deve ser atual, sendo adepto das evoluções tecnológicas. No popular “quem vive de passado é museu”. Na espécie, tal inexistente. Os atos praticados são facilmente substituídos, pois derogados por outros meios já existentes.

Outro fator não menos importante é quanto ao montante cobrado por tais serviços. É público e notório que os valores requisitados pelos tabelionatos, especialmente nos serviços acima indicados, estão longe de serem módicos, de modo que a sua prestação, além de desnecessária, avilta as pecúnias daqueles que dele necessitam.

Nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 744), indica que *“tal modicidade, registre-se, é um dos mais relevantes direitos do usuário, pois, se for desrespeitada, o próprio serviço terminará por ser inconstitucionalmente sonegado”*.

*Acrescer o valor de uma escritura pública aos impostos recolhidos na transmissão de um imóvel (ITBI ou ITCMD, mais certidões necessárias), é por deveras oneroso, fazendo surgir um mercado paralelo na aquisição de imóveis (procuração particular para aquisição de imóveis), situação que desencadeia inúmeros outros atos. Desse modo, a suposta segurança jurídica, um dos objetivos a serem alcançados, não ocorre.*

Assim, ainda que se reconheça o fator histórico da existência do tabelionato de notas (muito do que se conhece atualmente foi redigido pelos tabeliães de notas), entendemos que a maioria dos os serviços prestados por esses somente existem por imposições legais (alias, desde a sua criação, estiveram vinculados a atos estatais). Em uma relação de livre mercado, desapareceriam, pois estão ultrapassados, sendo facilmente absorvidos pela evolução tecnológica, fazendo-se crer que o tabelionato de notas é um dinossauro na era digital.

NOTAS:

[1] Disponível em [http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371344635\\_ARQUIVO\\_TEXTOFINAL-ARYANNEFAUSTINADASILVA.pdf](http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371344635_ARQUIVO_TEXTOFINAL-ARYANNEFAUSTINADASILVA.pdf).

[2] Segundo a Cartilha de Segurança para a Internet, disponível em [https://cartilha.cert.br/sobre/old/cartilha\\_seguranca\\_3.1.pdf](https://cartilha.cert.br/sobre/old/cartilha_seguranca_3.1.pdf), A assinatura Digital é o “Código utilizado para verificar a integridade de um texto ou mensagem. Também pode ser utilizado para verificar se o remetente de uma mensagem é mesmo quem diz ser.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 27. ed. Malheiros, 2010.

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

## PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PROVA

**CÍNTYA OLIVEIRA MENDES:**  
Acadêmica do Curso de Direito da  
Faculdade Independente do Nordeste -  
Fainor

**Resumo:** Este documento está adequadamente formulado de acordo ao que foi pedido em relação ao conteúdo e formalidade. Abordando o Princípio da Liberdade da Prova, sua necessidade, em específico, no âmbito do processo civil e penal, utilizando como base a Constituição da República Federativa do Brasil e doutrinas. É fundamental estudar esse princípio, pois, além de abranger diversos artigos e outros princípios, faz alusão de como saber identificar uma prova, saber se é lícita ou ilícita, as suas espécies, dentre outros.

**Palavras-chave:** Teoria geral do processo. Artigo acadêmico. Princípios. Princípios da liberdade da prova.

---

### Introdução

Para fins de um excelente resultado, foi buscado em diversos autores e suas doutrinações, fazendo uma comparação de uns aos outros juntamente com o auxílio dos códigos civil e penal e da Constituição da República Federativa do Brasil. Não deixando de explicar de forma individual cada coisa em cada âmbito, fortalecendo os argumentos de onde surgiu? Para que? Com qual propósito? Dentre outros questionamentos. Os princípios constitucionais aplicados ao processo são de extrema importância para à formação jurídica, pois, quando há conflito que não consegue ser solucionado em lei constitucional, os usa. O princípio escolhido para ser focado trata-se de como formar uma prova, sua eficácia perante a lei e interpretação; sua liberdade, se é válida ou não. Qual é a liberdade no processo penal? Não há crime sem lei, não pena sem crime. É de fácil compreensão, já que além de explicações detalhadas sobre os tópicos, no conjunto, o tema, há citações de artigos que servem para exemplificar e/ou complementar na explicação.



## 1 No Direito Processual

A preocupação do Direito Processual é em definir os crimes e atribuir-lhes pena. Assim a importância de provas lícitas, o que é garantido no texto constitucional, o que mantém o Estado com o direito de punir (jus puniedi). O sujeito que irá produzir as provas, terá “liberdade”, podendo utilizar as previstas em lei ou outros métodos não sendo imorais e/ou contra a dignidade da pessoa humana, como nos respectivos exemplos abaixo:

**Art. 369. CPC** - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

**Art. 157, CPP.** - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Desde a vigência da antiga constituição a jurisprudência já se manifestavam no sentido de ser inadmissível à produção em juízo de prova obtida ilicitamente, entendia-se então, que essa prova não era moralmente legítima, mas ao mesmo tempo, a doutrina se manifesta de controversa a respeito. Havendo opiniões no sentido de ser aceitar a prova obtida ilicitamente como válida e eficácia no processo civil, sem nenhuma ressalva.

O autor, Nelson Nery Junior, do livro ‘Princípio do Processo na Constituição Federal’ relata que não devem ser aceitos os extremos nem negativa peremptória de emprestar -se validade e eficácia à prova obtida

sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica televisiva.

Art. 5º, XII, CRFB. – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

## 2 Ligação com outros princípios

2.1 Princípios da imediação: Esse princípio tem uma ligação direta com o tema do presente trabalho, ele descreve como deve ser obtida a prova oral, afim de evitar vícios, encontrando assim, mais facilmente a verdade real, mediada essencialmente pelo juiz.

Art. 155, CPP. - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 370, CPC. - caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

2.2 Princípio da alta-responsabilidade das partes: Relaciona-se com o ônus da prova, cabendo à parte que alegar a incumbência da prova, assumindo ela os riscos de sua inatividade.

Art. 373, CPC - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

2.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa: Garante o direito à prova, pois é em decorrência deles que a prova se manifesta, pois não será válida, também, se não for feita na presença do juiz e sem garantia do contraditório. No entanto, existem fatos que independem de prova, como os Fatos axiomáticos ou intuitivos: são os fatos evidentes.

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Como a Liberdade de Prova se mostra com extrema importância em meio ao processo, nada mais coerente de que ela seja baseada em diversos princípios que a norteiam e a disciplinam em seu uso.

Dentre tantos, esses.

### **3 Prova**

O princípio da liberdade de provas se deriva do princípio da verdade real (ou seja: verdade processual), não é absoluto, já que há limites nas provas. Nem tudo que pode ser útil para a descoberta da

verdade está amparado pelo direito vigente, ou seja, nem todas as provas possuem licitude.

a) a prova deve ser pertinente

**Art. 184, CPC** - Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

b) a prova deve ser lícita com várias restrições legais

**Art. 5º, CRFB**

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

c) e várias vedações legais

**Art. 233, CPC** - As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

**Parágrafo único.** As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 10 São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

d) não podem ser: cruéis, desumanas e/ou torturantes:

**Art. 5º, III, CRFB.** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

### 3.1 Classificação das provas

Dentre os doutrinadores Moacyr Amaral Santos, utilizando o sistema proposto por Malatesta, classifica as provas segundo três critérios:

- a) o do objeto: é o fato a provar-se e, quanto a ele, as provas são diretas ou indiretas. (Direta e imediatamente ao fato a ser provado; e indiretas ou circunstanciais as que, se ligam ao fato a ser provado, as presunções e indícios).
- b) o do sujeito: é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova.
- c) o da forma: é a modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo. Em relação à forma a prova é testemunhal, documental ou material.

### 3.2 Espécie da prova

A Perícia, com finalidade de obter informações específicas sobre a materialidade do fato, que é realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário observando os peritos o prazo de dez dias para a elaboração do laudo, prorrogável em casos

excepcionais, é uma prova em espécie, assim também como interrogatório que é ato em que o acusado é ouvido sobre a imputação a ele dirigida. Tem dupla natureza jurídica ao interrogatório: é meio de prova e é meio de defesa; a confissão que é o reconhecimento realizado em juízo, por uma das partes, a respeito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de ocasionar-lhe consequências jurídicas desfavoráveis; dentre os necessários, esses.

Art. 158, CRFB - Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 185, CRFB. - O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Art. 197, CRFB. - O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

#### 4 A importância das provas no Processo Penal

Prova, na persecução penal, é o ato ou o complexo destes que visam a estabelecer a veracidade de um fato ou da prática de um ato tendo como finalidade a formação da convicção da entidade dissidente.

Na sistemática processual penal brasileira não se admite o oferecimento de denúncia ou queixa sem um mínimo de embasamento no que se costuma chamar de indícios de autoria e de materialidade.

Podemos conceituar os elementos informativos como sendo aqueles extraídos na fase investigatória, sem que haja qualquer acareação entre as partes, onde vem a diferença, já que não existe contraditório real tampouco, ampla defesa. Outra diferença, é que são produzidos independentemente de autorização judicial, mas como em toda regra há exceção, em alguns casos, como por exemplo, busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, entre outros que somente podem ser praticados sob a edge da cláusula Constitucional de reserva de jurisdição.

Art. 1º, CRFB. - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

## **5 Considerações Finais**

Os princípios constitucionais são aqueles que podemos localizar na Constituição enquanto que os princípios processuais infraconstitucionais podem ser localizados nas normas infraconstitucionais. Conforme demonstrado ao longo desse trabalho os princípios processuais constitucionais encontra-se inseridos em nossa Carta Magna, porém, não é pacífico entre os doutrinadores o seu significado e o seu alcance. A Magna Carta, foi o primeiro texto jurídico a fazer menção. Sendo assim, com a promulgação da Magna Carta as garantias do processo penal

foram estendidas para o ramo do processo civil, de tal sorte que passou a regular a liberdade dos homens em suas diversas esferas.

Quando se trata de liberdade refere-se a toda a liberdade imaginável, isto é, de culto, de credo, de imprensa, de expressão de pensamento, etc., de acordo com a lei.

Os princípios apresentados não devem ser vistos como os únicos já que a evolução do ser humano e a evolução do direito nos permite que essa apresentação, sofra modificações

#### Referências

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14 ed. São Paulo, SARAIVA, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 8 ed. São Paulo: atlas, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 10 ed. São Paul: Revista dos tribunais, 2010. 416 p

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. 223 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. 27 ed. São Paulo, SARAIVA, 2014.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio roque. **Direito processual penal**. 2ª ed. Revisada e atualizada - niterói, rj: ed, impetus, 2013.



## O DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A CONCREÇÃO DO SUPERPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: COMENTÁRIOS AO ART. 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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

**Resumo:** Evidenciar se faz imprescindível que o sentido de fundamentalidade do direito à educação - que representa, no contexto da construção histórica dos direitos básicos inerentes à pessoa humana, uma das expressões mais robustas das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, no que pertine às instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, de maneira plena, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo Texto Constitucional. Denota-se, desta sorte, que, ultrapassando a simples positivação dos direitos sociais, o que traduz estágio imprescindível ao processo de afirmação constitucional e que afigura como pressuposto indispensável à perseguição de sua eficácia jurídica, recai sobre o Ente Estatal, independente da esfera, o inafastável liame institucional consistente em conferir manifesta efetividade a tais prerrogativas elementares. Tal fato decorre da necessidade de permitir, ao indivíduo, nas situações de injustificável inadimplemento da obrigação, que tenham eles acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente atreladas à

realização, no que se refere às entidades governamentais, da tarefa imposta pela Carta de 1988.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Educação Inclusiva. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana; 6 O Direito à Educação Inclusiva e a concreção do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana: Comentários ao art. 208 da Constituição Federal.

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a

evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em

relação ao Estado. “O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam

*possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].*

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. *“Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10]*, tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o

juízo pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes,

possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial



no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de

inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana [38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não

enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos

direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

### **5 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana**

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão

estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade social como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

Nesta senda de exposição, ainda, o conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, cuida anotar que o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Nessa premissa, cuida reconhecer que o mínimo existencial social se desdobra como uma das múltiplas e indissociáveis órbitas vinculadas ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que atina à realização de suas potencialidades, sobremaneira no que se relaciona aos direitos. Recentemente, o rol do artigo 6º da Constituição da

República Federativa do Brasil sofreu considerável alargamento, passando a abarcar uma plêiade de direitos sociais como fundamentais ao indivíduo: *“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”* [44]. De maneira reiterada, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos sociais materializam um agir positivo do Estado, devendo, portanto, ser adimplido em favor do cidadão.

**Ementa:** Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 860.979 AgR/ Relator: Ministro Gilmar Mendes/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 06 mai. 2015).

**Ementa:** Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência da criança e do adolescente – Deve estatal resultante da norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível. Reconhecimento de

sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões constitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo Improvido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 745.745 AgR/ Relator: Ministro Celso de Mello/



Julgado em 02 dez. 2014/ Publicado no DJe em 19 dez. 2014).

**Ementa:** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão geral presumida. Sistema Público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF ). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 642.536 AgR/ Relator: Ministro Luiz Fux/

Julgado em 05 fev. 2013/ Publicado no DJe em 27 fev. 2013).

Ora, denota-se que a implementação do mínimo existencial social pressupõe, com claros contornos, a estruturação de políticas públicas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao núcleo duro que sustenta os direitos sociais, dentre o direito à educação e o direito à saúde recebem especial atenção. É preciso sublinhar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Assim sendo, a intervenção jurisdicional, por vezes, encontra justificativa pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à educação e à saúde, precipuamente, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesse e de valores em conflito, a necessidade de prevalência da decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção aos direitos sociais.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de

exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao lado do exposto, tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção dos direitos sociais, de maneira geral, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, em especial a plêiade que compõe o mínimo existencial social. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

## **6 O Direito à Educação Inclusiva e a concreção do Superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana: Comentários ao art. 208 da Constituição Federal**

A educação é um direito humano por si só e um meio indispensável para a realização de outros direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o meio principal que permite a adultos e a crianças marginalizados econômica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente nas suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na proteção das crianças contra a exploração laboral, trabalho perigoso e exploração sexual, na promoção dos direitos humanos e na democracia, na proteção do meio ambiente e no controlo do crescimento demográfico. Cada vez mais a educação é reconhecida como um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem fazer. Entretanto, a importância da educação não é apenas prática: uma mente instruída, esclarecida e ativa, com liberdade e amplitude de pensamento, é um dos prazeres e recompensas da existência humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>[45]</sup>, o direito à educação foi elevado à condição de direito social fundamental do homem, tratando-se, com efeito, de direito revestido por núcleo denso que encerraem se us pontos limites não apenas o aspecto de acesso à instrução e formação intelectual, mas também permite a realização do vasto acervo de potencialidades insertas no indivíduo. Salta aos olhos, neste sedimento, que o direito à educação encontra-se revestido de proeminente destaque, sendo-lhe colocada moldura de direito fundamental, capaz de promover a realização do indivíduo em suas plurais potencialidades, permitindo a instrução e desenvolvimento crítico. Em harmonia com o exposto, a Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, com clareza ofuscante, em seu artigo 53, diciona que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando, sobretudo, o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, sendo assegurada a

igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, tal como o acesso à educação pública e gratuita próxima à residência.

Ainda nesta trilha de exposição, é preponderante realçar que o artigo 208, em seu inciso II, do Texto Constitucional, com clareza ofuscante, diciona que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, sendo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, conforme alusão do §1º do mesmo dispositivo. O inciso V, ainda, do artigo 208 vai preconizar, como flâmula a ser observada na concreção do direito fundamental à educação, que competirá ao Estado promover o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Trata-se, obviamente, de cláusula constitucional com amplo e denso núcleo de inclusão, assegurando a realização do direito em comento em relação aos portadores de necessidades especiais, a fim de promover a educação inclusiva.

Neste aspecto, a educação inclusiva é compreendida como um direito subjetivo e que abarca uma proposta pedagógica que assegura um conjunto de recursos e de serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de maneira a garantir o direito à educação, enquanto integrante da rubrica do mínimo existencial social, e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentam necessidades educacionais especiais, em todos os níveis, etapas e modalidades da educação. Ademais, cuida sublinhar, oportunamente, que a política de inclusão de alunos que apresentam necessidades educacionais especiais, na rede regular de ensino, não consiste tão somente na permanência física desses alunos junto aos demais educandos, representando, porém, a ousadia de revisar concepções e reestruturar paradigmas, bem assim desenvolver o potencial desses indivíduos, com atenção às suas diferenças e atendendo suas necessidades.

Afora isso, como consequência lógica do primado de proteção às minorias e à diversidade, o respeito e a valorização do mosaico dos

alunos no meio ambiente escolar estabelece o contorno de sua responsabilidade no estabelecimento de relação que comportem a criação de espaços inclusivos, tal como a superação da produção, pela própria escola, de necessidades especiais. Denota-se, assim, que o direito à educação inclusive traz à tona a função social da escola, assumindo o papel de propiciar ações que permitam determinadas interações sociais, definindo, em seu currículo, uma opção por práticas heterogêneas, inclusivas e emancipatórias, calcadas no superprincípio da dignidade da pessoa humana e sua densidade jurídico-humanística. Ora, claramente, a concreção do direito à educação inclusiva estabelece, de maneira ofuscante, a função do Estado em assegurar a concreção da plêiade de direitos fundamentais e atendimento das potencialidades do indivíduo.

#### REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 26 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

#### **NOTAS:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos,



um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 26 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 26 mar. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 26 mar. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto,

sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] SILVA, 2004, p.155.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 26 mar. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.

[45] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 mar. 2016.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL  
CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**DIEGO BRUNO ALVES ROGEL**

**REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS PÚBLICOS:  
UM ESTUDO PRELIMINAR**

**CURITIBA  
2016**

**DIEGO BRUNO ALVES ROGEL**

**REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS PÚBLICOS:  
UM ESTUDO PRELIMINAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.  
Orientador: Prof. Me. Rodrigo Vissotto Junkes

**CURITIBA  
2016**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	5
2.1 CONTRATO PRIVADO X CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	8
2.2 SUJEITOS DO CONTRATO .....	10
2.2.1 Formalismo.....	10
2.2.2 Bilateralidade.....	10
2.2.3 Comutatividade .....	11
2.2.4 Personalíssimo .....	11
2.2.5 Desequilíbrio .....	11
2.2.6 Instabilidade .....	12
2.3 FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO E GARANTIAS .....	12
2.4 EFICÁCIA DO CONTRATO .....	14
2.5 CLÁUSULAS EXORBITANTES .....	15
2.5.1 Alteração Unilateral .....	15
2.5.2 Rescisão Unilateral.....	17
2.5.3 Fiscalização.....	17
2.5.4 Aplicação de Sanções .....	18
2.5.5 Ocupação Provisória .....	19
2.5.6 Outras Cláusulas Exorbitantes .....	19
2.6 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS .....	20
2.6.1 Reajuste .....	21
2.6.2 Revisão .....	21
2.6.3 Repactuação .....	22
2.7 DURAÇÃO DOS CONTRATOS .....	22
2.7.1 Contratos por Prazo Certo e Contratos por Escopo .....	22
2.7.2 Regra Geral de Duração dos Contratos .....	22
2.7.3 Exceções à Regra de Duração dos Contratos.....	23
2.8 PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS.....	25
2.9 INEXECUÇÃO CONTRATUAL.....	26



2.9.1 Inexecução Culposa .....	26
2.9.2 Inexecução Sem Culpa .....	26
2.10 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS .....	27
2.10.1 Motivos e Formas da Rescisão Contratual .....	27
2.10.2 Arbitragem em Contratos Administrativos .....	28
2.11 CONTROLE DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS .....	28
2.12 RESPONSABILIDADE CIVIL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	28
2.12.1 Responsabilidade Primária do Contratado e Subsidiária da Administração .....	28
2.12.2 Responsabilidade da Administração em Terceirizações .....	29
2.12.3 Responsabilidade da Assessoria Jurídica nas Licitações.....	30
<b>3 CONCLUSÃO .....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>32</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Para desempenhar suas atividades e atender o interesse público, a Administração realiza atos unilaterais - chamados de atos administrativos-, bilaterais – que são os contratos da Administração e, há também atos plurilaterais, que englobam os consórcios e os convênios. O objetivo deste trabalho é realizar uma breve síntese sobre os contratos administrativos, seu conceito e suas características, assim como, uma preliminar análise dos contratos celebrados pela Administração para satisfazer suas necessidades. O presente estudo não abrange concessão, permissão ou contratação de servidores públicos temporários.

## 2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conceitualmente, verifica-se que é denominado de Contrato Administrativo a existência de um acordo de vontades no intuito de modificar, extinguir ou mesmo criar direitos e obrigações, no qual uma das partes, que atua exercendo função administrativa por meio da Administração, possui a competência de inovar, de forma unilateral, as condições contratuais, assegurando a manutenção da equação econômico-financeira originalmente existente. Esse contrato é também conhecido como um acordo ou um pacto, que a Administração Pública fixa com uma entidade administrativa ou particular com a finalidade de atingimento de objetivos de interesse público, nas condições propostas pela entidade pública. (JUSTEN FILHO, 2006).

Sobre esse assunto, são válidas algumas lições acerca dos contratos em geral expressados pela doutrina:

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei. (MEIRELLES, 2002, p. 205).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes. (MELLO, 2007, p. 593).

As normas gerais de contratação são de competência da União (inciso XXVII do art. 22 da CF/88). Porém cada ente federado pode legislar sobre normas específicas.

A Lei 8.666/93 regulamentou e dispõe sobre as normas de licitações e contratos da Administração Pública, e é a principal legislação sobre esse tema, apesar de existirem inúmeras leis que tratam de licitações em assuntos específicos, a exemplo da Lei 8.987/1995 que dispõe sobre concessões e permissão de serviços públicos, entre outras leis.

Em se tratando de Contratos Administrativos, há outros oportunos ensinamentos conceituais da doutrina:

Os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2010, p. 251).

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELLO, 2010, p.621).

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta algumas características relevantes dos contratos administrativos, como: (DI PIETRO, 2004, p. 261):

- ↳ Presença da Administração Pública como Poder Público: a Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem sua posição de supremacia sobre o particular, por meio das chamadas cláusulas exorbitantes;
- ↳ Finalidade Pública: deve estar presente nos atos e nos contratos da administração;
- ↳ Obediência à forma prescrita em lei: a lei prescreve várias normas referentes aos aspectos formais do contrato, no intuito de buscar beneficiar ambas as partes contratantes no controle da legalidade;
- ↳ Procedimento legal: a formalização do contrato também deve obedecer a procedimentos obrigatórios que assegurem a legalidade dos atos e que podem variar de uma modalidade para outra, como: autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação;
- ↳ Natureza de contrato de adesão: todas as cláusulas são fixadas unilateralmente pela Administração Pública. Pelo edital, o poder público faz a oferta, fixando as condições de contratação, vinculadas às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público e por meio das propostas dos licitantes ocorre a aceitação da oferta.
- ↳ Natureza *intuitu personae*: contratos administrativos são celebrados em razão das condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento de

licitação, sendo vedada, como regra geral, a subcontratação, a associação do contratado com terceiros, cessão ou transferência, total ou parcial do objeto, exceto quando previstas no edital e no contrato. São medidas que podem constituir motivação para rescisão unilateral do ajuste, sujeitando-se o contratado às sanções da lei.

- ↳ Presença de cláusulas exorbitantes: São cláusulas que conferem prerrogativas à Administração e a colocam em posição de supremacia sobre o particular, para o perfeito atendimento do interesse público.
- ↳ Mutabilidade: caracteriza-se pela possibilidade de a Administração alterar unilateralmente cláusulas contratuais ou até mesmo rescindir o contrato por motivo de interesse público, levando-se sempre em consideração o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Em se tratando do conceito de contrato administrativo, é relevante mencionar que as categorias se definem em razão do objeto contratado. Há quatro categorias que podem ser citadas, conforme expressa o autor (PEREIRA JÚNIOR; TORRES, 2007, p. 617):

- a) Os contratos administrativos de fornecimento, de obras e de prestação de serviços à Administração, cujas normas constituem o direito das obrigações administrativas;
- b) Os contratos e atos negociais relativos ao exercício do domínio sobre bens públicos (cessão de uso, permissão de uso, concessão de uso concessão de direito real e aforamento);
- c) Os contratos e atos negociais concernentes à prestação de serviços públicos (permissão e concessão de serviço público);
- d) Os contratos atinentes ao exercício de função pública em caráter temporário e excepcional, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal e que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União define como locação de serviços (Lei nº 8.112, de 11.12.90, arts. 232-235), emprestando-lhes cunho administrativo que os distingue de seu homônimo no Estatuto da Terra (Lei nº 4.505/64, arts. 94 e segs.).

Há também a forma de categorizar os contratos administrativos, conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU, 2010, p. 646):

- a) Contratos de compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. Exemplo: aquisição de material de expediente, de suprimentos de informática, de microcomputadores, de móveis, etc;
- b) Contratos de obras: construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação. Exemplo: construção de hidrelétricas, de pontes, de estradas; reforma ou ampliação de edifícios para uso da Administração Pública etc;
- c) Contratos de serviços: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Exemplo: conserto de computadores, manutenção de jardim, locação de veículo, instalação de aparelhos de ar condicionado etc.

## 2.1 CONTRATO PRIVADO X CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os contratos da administração são gêneros que englobam aqueles regidos por normas de direito privado, chamados de contratos privados da administração, e os contratos administrativos, que são os regidos predominantemente pelo direito público e subsidiariamente pelo direito privado, como melhor explicado abaixo:

As relações jurídicas ajustadas pela Administração Pública decorrem, essencialmente, de atos unilaterais e de atos plurilaterais. Os primeiros são, quase sempre, atos administrativos, a exemplo da permissão de uso de bem público. Os segundos são os contratos. Entre estes, a doutrina distingue os regidos pelo Direito Privado e os regulados pelo Direito Administrativo. São os chamados contratos da Administração Pública (GASPARINI, 2008, p. 691).

No concernente à extensão do conceito de contrato, a ementa, fazendo apanhado do contexto da lei, evita qualificar os contratos de que se ocupa como administrativos. Com razão. A Lei nº 8.666/93 não trata somente dos contratos administrativos, como pode fazer crer, à primeira vista, a dicção de seu art. 1º. Cuida de todos os contratos celebrados pela Administração Pública, o que equivale a dizer que reconhece a existência de um gênero (os contratos públicos), que se subdivide em duas espécies: a dos contratos administrativos, mencionados nos arts. 1º e 54; e a dos contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, tal como apontado no art. 62, §3º, e que nem por isso escapam da incidência de regime obrigacional publicizado, já que a eles estendem-se certos preceitos tópicos dos contratos administrativos (arts. 55 e 58 a 61). (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 612).

Os contratos administrativos possuem as seguintes características:

1. Desequilíbrio contratual em favor da Administração – Verticalidade; (DI PIETRO, 2009, p. 251), no intuito de assegurar posição privilegiada à Administração.
2. Regime predominante de direito público, com possibilidade de uso do direito privado de forma complementar;

Os Contratos privados da Administração ocorrem em ajustes entre a Administração Pública e os particulares, porém, com a característica de relativa igualdade e é predominantemente regido pelo direito privado. Possuem as seguintes particularidades:

1. Equilíbrio contratual relativo – horizontalidade;
2. Regime predominante de direito privado, com incidência de normas de direito público.

Na mesma linha de pensamento e raciocínio jurídico, em relação a essa diferenciação entre os contratos, verifica-se a existência da seguinte classificação doutrinária:

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) Contratos de Direito Privado da Administração;
- b) Contratos Administrativos.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam o segundo a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de serviço público, a concessão de uso de bem público.

Ditos Contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito(...), os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. (MELLO, 2010, p. 615).

O objetivo dos dois tipos de contratos – administrativo e privado, é a satisfação do interesse público. A fundamental diferença é a desigualdade ou igualdade que há entre as partes contratantes e o regime jurídico predominante (CARVALHO FILHO, 2009. p. 168).

## 2.2 SUJEITOS DO CONTRATO

A Lei expressa que contrato é

Todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (§ único do art. 2º da Lei 8.666/93).

Portanto, percebe-se que a Administração Pública, que é a contratante, e o particular, o contratado, são as partes no contrato administrativo.

### 2.2.1 Formalismo

É fato que na atuação administrativa são exigidos maiores pressupostos formais, tendo em vista o dinheiro público e a própria coisa pública. Por isso a Lei 8.666/93 exige algumas formalidades como:

- Licitação prévia, como regra geral;
- Contrato na forma escrita, em regra;
- Prazo determinado, em regra.

É necessário que haja um procedimento formal antecedendo a contratação. A cláusulas contratuais devem ser claras e precisas ao regular os direitos e obrigações das partes, vinculando-se aos termos do edital e da proposta como define o art. 54, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93, conforme destaca a doutrina:

Vale dizer que o ato convocatório e a proposta vinculam o contrato que lhes seguirá, tanto para a Administração contratante, que não poderá inovar em suas cláusulas, quanto para a empresa contratada, que não se poderá esquivar de atender aos termos da convocação e de sua própria proposta. Daí o caráter *intuitu personae* dos contratos da Administração que não se apaga mesmo que estes decorram de adjudicação direta, já que, neste caso, sublinha o § 2º do mesmo art. 54, reforçado no art. 55, XI, haverá vinculação das cláusulas aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta. (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 618).

### 2.2.2 Bilateralidade

Seja o contrato regido pelo direito público ou privado, é necessário que haja a formalização e a vontade das partes (contratante e contratado). Esta vontade é melhor



definida como vontade objetiva, descrita a partir de uma necessidade, e não de um mero consenso anímico, subjetivo e arbitrário. A bilateralidade resulta em efeitos, estabelecendo obrigações para ambas as partes.

As cláusulas do serviço ou da aquisição do material são inseridas pela Administração e poderá haver manifestação do particular quanto a algumas cláusulas, em especial as cláusulas econômicas que tratam de possíveis revisões, reajustes ou repactuações (§ 8º do art. 65 da Lei 8.666/93).

A doutrina cita que, a liberdade para manifestação de vontade do particular no tocante às cláusulas econômicas é o traço distintivo entre os contratos administrativos e os atos administrativos, pois, nesse último caso, a formatação do ato depende da manifestação unilateral da Administração. (OLIVEIRA, 2015).

### 2.2.3 Comutatividade

Nos contratos administrativos existem obrigações equivalentes e previamente estabelecidas aos contratantes. Durante toda a vigência do contrato é necessário que haja a preservação da proposta da vencedora.

Pode-se resumir como a necessidade da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante todo o tempo. Alguns instrumentos legais são o reajuste e a revisão dos contratos.

### 2.2.4 Personalíssimo

A escolha do contratado deve ser feita de forma impessoal, em respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, afinal, o contrato deve ser celebrado com aquele que apresentar a melhor proposta.

### 2.2.5 Desequilíbrio

Ao contrário do que ocorre em contratos privados, em contratos administrativos a existência tradicional das cláusulas exorbitantes resulta em desigualdade entre as partes contratantes. As cláusulas exorbitantes podem ser resumidas na forma do art. 58 da Lei 8.666/93.

### 2.2.6 Instabilidade

Existem algumas prerrogativas da administração, como a alteração unilateral de um contrato ou a sua rescisão, no intuito de atender da melhor forma o interesse público. As mudanças que podem ocorrer na realidade social, política ou econômica são as razões para as possíveis mudanças nos contratos administrativos.

Se por um lado nos contratos privados existe o chamado *pacta sunt servanda*, por outro, há muita instabilidade possível de ocorrer nos contratos administrativos. (OLIVEIRA, 2015).

### 2.3 FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO E GARANTIAS

Para a Administração atender aos procedimentos previstos na Lei Geral de Licitações é necessária uma das características chamadas de formalismo burocrático. Existem outras características quanto a formalidades a serem verificadas na elaboração de um contrato:

- a) Arquivamento dos contratos administrativos em ordem cronológica e o registro de seus extratos (art. 60);
- b) Os contratos devem mencionar (art. 61):
  - Os nomes das partes e os seus representantes;
  - A finalidade;
  - O ato que autorizou a lavratura;
  - O número do processo da licitação, da dispensa ou inexigibilidade;
  - A sujeição dos contratantes às normas da Lei 8.666/93 e às cláusulas contratuais.

Ainda em relação aos contratos administrativos existem algumas cláusulas tidas como necessárias pela legislação (art. 55 da Lei 8.666/93), são elas:

- a) O objeto e seus elementos característicos;
- b) O regime de execução ou a forma de fornecimento;
- c) O preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

- d) Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- e) O crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- f) As garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- g) Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- h) Os casos de rescisão;
- i) O reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei 8.666/93;
- j) As condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- k) A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- l) A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- m) A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A Administração pode exigir garantias em suas contratações, sejam serviços, obras ou compra de bens. Será necessário para isso, que conste a exigência de garantia no instrumento convocatório e, como regra geral, será de no máximo 5% do valor do contrato, com exceções para até 10 % em casos de vultosas contratações com altos riscos financeiros.

Existem 03 (três) tipos de garantias (art. 56 da Lei 8.666/93) a serem escolhidas a critério do contratado:

1. Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública;
2. Seguro-garantia;
3. Fiança-bancária: “é a garantia fidejussória fornecida por um banco que se responsabiliza perante a Administração pelo cumprimento das obrigações do contratado” (MEIRELLES, 2000, p. 212).

A garantia é liberada pela Administração ao fim da execução total do contrato (§ 4º do art. 56 da Lei 8.666/93).

## 2.4 EFICÁCIA DO CONTRATO

A condição indispensável para que o instrumento contratual comece a produzir efeitos é a publicação resumida do extrato na imprensa oficial, conforme cita o inc. XIII, no art. 6º, da Lei 8.666/93: "Imprensa Oficial – veículo oficial e divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis", a ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura do contrato, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, nos termos do art. 61, parágrafo único mencionada lei. Pode-se resumir a questão da publicação oficial da seguinte forma:

A lei determina que a publicação deverá ocorrer no prazo de vinte dias contados do quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura. A Administração tem o dever de promover a publicação dentro desse prazo. Nada impede que o faça em prazo menor, até mesmo pelo interesse em que os prazos contratuais iniciem seu curso imediatamente. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 701).

Ainda em se tratando de eficácia do contrato administrativo, é relevante realizarmos a distinção entre garantia da proposta e do contrato. A garantia da proposta é exigida em relação à habilitação, no intuito de assegurar à Administração Pública que os licitantes manterão suas propostas até o prazo de validade das ofertas, conforme prevê o inc. III do art. 31 da Lei 8.666/93, ao citar que a garantia será cobrada nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e no parágrafo 1º do art. 56 da citada lei, limitando-se a 1% do valor estimado do objeto da contratação. (VARESCHINI, 2014, p. 84).

A esse respeito da distinção dessas garantias a doutrina cita que:

Não se pode confundir a prestação de garantia nos contratos, que se dá após a licitação e, em decorrência, é exigida somente do licitante vencedor do certame, que irá assinar o contrato com a administração, com a exigência de garantia para a participação do procedimento licitatório, como requisito a ser atendido por todos os licitantes, quando solicitada, na documentação relativa à qualificação econômico-financeira segundo o previsto no art. 31, III, do estatuto. (BAZILLI, 1996, p. 31).

## 2.5 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Os contratos administrativos são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e os particulares. São regidos pelo direito público e tem por objetivo a execução de interesse público. Nesse tipo de contrato, geralmente, observa-se a presença das chamadas cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/93), conferindo à Administração superioridade em relação ao particular, mesmo não havendo previsão no contrato, porque a previsão tem origem na Lei.

Existem prerrogativas da Administração em relação aos contratos administrativos e seus contratados, caracterizado pelo desequilíbrio das partes (art. 58 da Lei 8.666/93). Serão expostas, a seguir, as principais características de cada cláusula exorbitante, regularmente encontradas nas diversas contratações da Administração Pública.

A doutrina esclarece sobre essas cláusulas, que são denominadas dessa maneira porque resultam em uma desigualdade na relação contratual, prevendo prerrogativas, segundo Meirelles (2000): “em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público...”. Normalmente são cláusulas que não existem nas relações do direito privado.

Conforme cita o art. 58 da Lei 8.666/93, as principais cláusulas exorbitantes são as que conferem à Administração o poder de alterar e rescindir unilateralmente o contrato; de fiscalização; de aplicar sanções; a de ocupação provisória dos bens e pessoal da contratada, quando se tratar de serviços essenciais, entre outras previstas na lei.

### 2.5.1 Alteração Unilateral

Diferentemente dos contratos regidos pelo direito privado, nos contratos administrativos, a Administração Pública pode alterar de forma unilateral as cláusulas contratuais para melhor atender ao interesse público (inc. I do art. 65 da lei 8.666/93), desde que respeitados os limites legais e de forma justificada (inc. I do art. 58).

Há duas espécies de alteração unilateral: a quantitativa e a qualitativa.

A alteração quantitativa trata de alterações nas quantidades do objeto contratual.

A alteração qualitativa, relaciona-se com alterações de projeto ou de suas especificações, na intenção de proporcionar melhor e mais adequada adequação técnica aos objetivos da Administração Pública e suas finalidades (OLIVEIRA, 2015).

Existem alguns requisitos legais para que a Administração realize a alteração unilateral:

- a) Necessidade de justificativas, motivação;
- b) Deve ocorrer de fato superveniente à contratação;
- c) Não se pode descaracterizar o objeto contratual e nem se restringir à mera inclusão de objeto novo não licitado;
- d) Necessidade de realizar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro;
- e) Somente podem ser objetos de alteração as cláusulas de serviço, ou seja, em relação às quantidades e não ao preço ou as condições de pagamento;

Apesar da existência de relevante controvérsia, nos entendimentos mais recentes da jurisprudência, tanto o TCU quanto o STJ, juntamente com parte da doutrina, expressam-se favoravelmente à aplicação dos limites percentuais (25% e 50%), previstos na Lei Geral de Licitações, em relação às alterações qualitativas. Resumidamente, entende-se, então, que os limites devem ser observados em toda e qualquer alteração unilateral, seja quantitativa ou qualitativa<sup>1</sup>. Em sentido contrário: Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>2</sup>.

- f) Respeitar os limites do § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93:

O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 p. 408. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 251-255; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 722/723; TCU, Plenário, Decisão 215/99, Rel. Min. José Antonio B. de Macedo, DOU 21.05.1999; STJ, 2ª Turma, REsp 1.021.851/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 28.11.2008 (*Informativo de Jurisprudência do STJ n. 363*).

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 506; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 269.

Entende-se que toda alteração contratual é uma exceção e deve ser amplamente justificada e decorrer de fato imprevisível, superveniente e não possibilita a inclusão de novos serviços. Por isso, a Administração sempre necessita justificar as necessidades de alterações quantitativas e/ou qualitativas do objeto, conforme expõe a doutrina:

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado. (JUSTEN FILHO, 2012. p. 712).

### 2.5.2 Rescisão Unilateral

É possível que a Administração Pública realize a rescisão unilateral de um contrato administrativo e, para isso, não será necessária uma ação judicial (inc. II do art. 58 da Lei 8.666/93). Existem duas possibilidades de haver justificativa para se realizar uma rescisão unilateral:

1. Quando a rescisão for necessária por culpa do particular, como, por exemplo, o não cumprimento das cláusulas contratuais;
2. Quando a rescisão não for motivada por culpa do particular, se houver um caso de força maior.

De qualquer forma, a legislação expressa que, nos casos de rescisão unilateral, é necessária a existência de motivação, com possibilidade de ampla defesa e do contraditório (§ único do art. 78 da Lei 8.666/93).

### 2.5.3 Fiscalização

A fiscalização da execução dos contratos é um poder-dever da Administração Pública (inc. III do art. 58 da Lei 8.666/93). A execução de todo contrato requer um representante da Administração especialmente designado, com a possibilidade de contratação de terceiros para subsidiá-lo de informações. (art. 67 da lei 8.666/93).

É relevante expor que a doutrina faz expressa diferenciação funcional em se tratando das obrigações impostas tanto ao gestor quanto ao fiscal dos contratos na Administração Pública. O gestor teria como função administrar todos os contratos que

lhes sejam atribuídos, iniciando-se na formalização, até o encerramento, incluindo-se a entrega do bem e o devido pagamento. O fiscal dos contratos possuiria como função administrar especificamente a execução e o recebimento do objeto. (VARESCHINI, 2014, p. 167).

Vejamos a visão de outros autores a respeito da diferenciação das figuras do gestor e do fiscal dos contratos cujo contratante é a Administração Pública:

Usualmente, esse profissional atua após a realização da contratação ou por segmento, tais como fiscalização técnica do escopo contratual, fiscalização trabalhista e previdenciária, fiscalização administrativa, etc. (LEIRIA, 2006, p. 51).

Não se confunde gestão com fiscalização de contrato. A gestão é o serviço geral de gerenciamento de todos os contratos; a fiscalização é pontual. (...) A Gestão é um serviço administrativo propriamente dito, que pode ser exercido por uma pessoa ou por um setor. Já a fiscalização é exercida necessariamente por um representante da Administração, especialmente designado, como preceitua a lei, que cuidará pontualmente de cada contrato. (ALVES, 2005, p.30.).

#### 2.5.4 Aplicação de Sanções

Quando há inexecução, tanto parcial quanto total, de um contrato, a Administração tem a direito de aplicar sanções aos contratados, sendo necessário o respeito à ampla defesa e ao contraditório (inc. IV do art. 58 da Lei 8.666/93). As sanções administrativas possíveis de serem aplicadas são (art. 87 da Lei 8.666/93):

Advertência – nos casos de infrações leves;

- a) Multa – em conformidade com o estabelecido no instrumento convocatório e no contrato, no caso de infrações médias;
- b) Suspensão temporária – fica o particular impedido de participar de licitações por até dois anos, no caso de infrações graves;
- c) Declaração de inidoneidade – impossibilita o particular de contratar com a Administração Pública, sendo necessário o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos causados. Haverá a possibilidade de sua reabilitação apenas após decorridos, no mínimo, dois anos. Aplica-se em casos de infrações gravíssimas.



Relevante ressaltar a sanção prevista tanto no art. 7º da Lei no 10.520/2002 que instituiu a modalidade de licitação conhecida como pregão, quanto no art. 28 do Decreto nº 5.450/2005 que regulamenta o pregão, na forma eletrônica. Em ambos os artigos é citada a possível sanção aplicável nas licitações regidas por esse regime. Trata-se da aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Recentemente, por meio do Acórdão 2081/2014-Plenário, o Tribunal de Contas da União expressou o seguinte entendimento quanto ao caráter abrangente da citada sanção:

A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).

#### 2.5.5 Ocupação Provisória

É possível que a Administração se apose, de forma provisório, de bens móveis e imóveis, assim como dos serviços e utilização de pessoal do contratado, nos casos em que haja serviços essenciais e haja a necessidade de apuração administrativa de faltas contratuais por parte do contratado (inc. I do art. 58 c/c com o inc. II do art. 80 da Lei 8.666/93).

#### 2.5.6 Outras Cláusulas Exorbitantes

A Administração Pública, nos casos de rescisão unilateral do contrato, tem algumas outras prerrogativas expressas na lei como:

1. Possibilidade de execução da garantia no intuito de realizar o ressarcimento dos prejuízos causados;
2. Possibilidade da retenção de créditos existentes em virtude do contrato, até o limite dos prejuízos causados.

## 2.6 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

No momento em que o vencedor da licitação apresenta sua proposta é definida a equação econômica e leva em consideração todos os encargos do contratado, assim como, o valor a ser pago pela Administração. Essa equação deve ser preservada por toda a execução do contrato. Esse é o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (inc. XXI do art. 37 da CF/88).

Quando houver aumento de custos contratuais, por situações que ocorrerem ao contratante, a Administração deverá aumentar o valor a ser pago pela execução do objeto do contrato e, se ocorrer o contrário, na hipótese dos custos do contrato diminuírem, caberá à Administração diminuir os valores pagos ao contratado (NIEBUHR, 2011. p. 883).

A data da apresentação da proposta é o termo inicial para que seja definida a equação econômica-financeira e, posteriormente, é a data pela qual a Administração deve levar em consideração para posteriores concessões de pedidos, pelo contratado, de reequilíbrio econômico-financeiro. Nessa equação, os encargos da contratada e o valor pago pela contratante devem ser preservados durante toda a execução do contrato, conforme é mostrado pela doutrina:

A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 717).

O Tribunal de Contas tem se manifestado a respeito de se manter as condições efetivas da proposta, ou seja, da contínua manutenção do equilíbrio econômico-financeiro:

O equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a retribuição a justa Administração pelo fornecimento do bem, execução de obra ou prestação de serviço. (TCU, 2010, p.811).

### 2.6.1 Reajuste

O principal objetivo da cláusula de reajuste nos contratos administrativos é de preservar o valor do contrato em relação à inflação (inc. XI do art. 40 da Lei 8.666/93). O reajuste é previsível, por isso, é um índice determinado de forma prévia para atualizar de forma automática as contratações públicas, como por exemplo o IGPM e o IPCA.

É necessário o prazo de 12 (doze) meses para que seja realizado o reajustamento dos contratos, contado a partir da apresentação da proposta vencedora (JUSTEN FILHO, 2002. p. 462). As características do reajuste são:

- a) Cláusula contratual;
- b) Incide sobre cláusulas econômicas do contrato;
- c) É relacionado aos fatos previsíveis;
- d) Objetiva preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- e) Periodicidade mínima de 12 (doze) meses a partir da apresentação da proposta.

### 2.6.2 Revisão

Para os fatos considerados imprevisíveis, ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, que possam desequilibrar o equilíbrio dos contratos, a Administração Pública se utiliza da revisão (“d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93). Trata-se de um dever do estado e, ao mesmo tempo, direito do contratado.

A revisão pode incidir tanto nas cláusulas econômicas quanto nas de execução do contrato, podendo comprometer qualquer cláusula contratual no intuito de reequilibrá-lo (MOREIRA NETO, 2009. p. 192). São características da revisão contratual:

- 1) É decorrente de Lei, não dependendo de previsão contratual;
- 2) Incide sobre qualquer cláusula contratual;
- 3) Refere-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis;
- 4) Objetiva devolver o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- 5) Não possui periodicidade mínima.

### 2.6.3 Repactuação

A repactuação pode ser entendida como um tipo de reajuste contratual. Haverá repactuação nos contratos que possuam terceirização de serviços contínuos (art. 5º do Decreto 2.271/1997). A repactuação somente pode ser efetuada após o período de 12 meses e deve considerar o aumento ou variação dos componentes e demais custos do contrato, devidamente comprovados pela contratada, conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Somente os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua podem ser repactuados. Para tanto, é necessária existência de cláusula admitindo a repactuação de preços, que pode ser para aumentar ou diminuir o valor do contrato. Na repactuação de preços, o marco inicial conta-se da data da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta referir-se. Para repactuação, deve ser apresentada demonstração analítica de variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada. Deve a Administração indicar claramente no edital, em condição específica, além da data base e da periodicidade, demais critérios para a repactuação dos contratos.(TCU, 2010, 720).

## 2.7 DURAÇÃO DOS CONTRATOS

### 2.7.1 Contratos por Prazo Certo e Contratos por Escopo

Nos contratos por prazo certo, o prazo contratual tem relevante importância no cumprimento das obrigações entre as partes. O contratado cumprirá as obrigações até o final do prazo estabelecido. O contrato será extinto com o termo final.

Nos contratos por escopo, o objetivo contratual será cumprido independentemente do prazo, quando houver o cumprimento do objeto contratual. Nesse tipo de contrato, há o encerramento somente com a entrega do objeto contratado (SOUTO, 2004. p. 406).

### 2.7.2 Regra Geral de Duração dos Contratos

Os contratos administrativos possuem prazo determinado (§3º do art. 57 da Lei 8.666/93). O objetivo da legislação é que a Administração Pública realize contratações somente quando houver recursos necessários para pagar o contratado, garantindo responsabilidade e planejamento com os gastos públicos.

### 2.7.3 Exceções à Regra de Duração dos Contratos

É possível que haja contratos com prazo superior a 12 meses, são exceções previstas no art. 57 da Lei 8.666/93:

1. Projetos previstos no Plano Plurianual: Podem ocorrer casos de construções de grandes obras, resultado da demora da construção desses empreendimentos, considerando que a Lei do Plano Plurianual ultrapassa o limite anual da lei orçamentária (GASPARINI, 2007. p. 652).
2. Serviços Contínuos: São admitidas prorrogações sucessivas e iguais objetivando a obtenção de preços mais vantajosas e melhores condições para a Administração, limitando-se esses contratos a 60 (sessenta) meses. São exemplos os serviços de limpeza, de vigilância entre outros (inc. II do art. 57 da Lei 8.666/93).

Em relação à prorrogação dos contratos de serviço contínuo, o TCU fez algumas importantes considerações (TCU, 2010, p.335):

O prazo de contrato para prestação de serviços contínuos pode ser estabelecido para um determinado período e prorrogado, por iguais e sucessivos períodos, a fim de obter preços e condições mais vantajosos para a Administração, até o limite de sessenta meses, desde que:

O edital e o contrato estabeleçam expressamente a condição de prorrogação; A modalidade de licitação adotada comporte a prorrogação;

A prorrogação não altere o objeto e o escopo do contrato;

O preço contratado esteja em conformidade com o de mercado e, portanto, vantajoso para o contratante;

A vantajosidade da prorrogação esteja devidamente justificada nos autos do processo administrativo.

Verifica-se, portanto, que o que justifica a prorrogação dos serviços contínuos é a sua permanente necessidade para o correto funcionamento da administração pública, na busca pela satisfação dos interesses da coletividade.

A prorrogação pode ocorrer desde que haja previsão no instrumento convocatório, assim como, no contrato e deve ser demonstrada a sua vantajosidade. (JUSTEN FILHO, 2002. p. 474).

É relevante ressaltar que as prorrogações contratuais da Administração Pública devem ser realizadas de modo a fazer coincidir a vigência com o exercício

orçamentário, em conformidade com as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, e têm sido estes os posicionamentos da doutrina e jurisprudência:

A orientação tradicionalmente adotada pelo autor foi no sentido de que a Administração disporia de discricionariedade para determinar o prazo da contratação. Isso significa admitir a possibilidade de fazer-se a contratação, desde logo, por período total de sessenta meses.

Anteriormente pareciam excessivamente formalistas as interpretações no sentido de que a contratação deverá respeitar o exercício orçamentário, promovendo-se sua renovação no início do ano seguinte. Em face especialmente do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal (e das sanções pelo descumprimento dos deveres ali consagrados) pode reputar-se ser essa a solução mais compatível com a disciplina jurídica ora vigente. Em face da ampliação do rigor fiscal, a solução mais adequada é a contratação nos limites do exercício orçamentário. Isso sempre propiciará uma certa turbulência por ocasião do início dos novos exercícios, o que não é desejável. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 670).

O Tribunal de Contas da União tem se manifestado no mesmo sentido do autor:

Os prazos de vigência de contratos de prestação de serviços de natureza contínua não podem ser superiores a doze meses, com possibilidade de prorrogação contratual. (TCU, Acórdão 3564/2006 – Primeira Câmara).

É visível a dificuldade e controvérsia nos posicionamentos jurídicos majoritários e minoritários que residem na interpretação da exigência legal de prorrogações por iguais períodos. Há manifestações doutrinárias e de entes federativos que podem divergir em se tratando de prazo e vigência contratual. Cita-se, por exemplo, que a Advocacia-Geral da União expôs, por meio da Orientação Normativa nº 01/2009 que: “A vigência do contrato de serviço contínuo não está adstrita ao exercício financeiro”<sup>3</sup>.

Doutrinariamente, Marçal Justen Filho se posiciona no sentido de que o prazo da prorrogação não necessariamente precisa corresponder ao prazo inicial de vigência do contrato. O autor entende que a prorrogação pode ser realizada por prazo superior ou inferior ao inicialmente previsto, respeitado o limite máximo de sessenta meses (JUSTEN FILHO, 2002. p. 474). A regra aplicável pelo autor é a de hermenêutica segundo a qual, na expressão latina, “a maiori, ad minus”, ou seja, quem pode o mais, pode o menos.

No mesmo sentido, o autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira expõe em sua obra que, se a Administração pode celebrar contratos de serviços contínuos por até

---

<sup>3</sup> AGU. Orientação Normativa nº 1, de 1º de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189162>

sessenta meses, é razoável concluir que a prorrogação só deve ficar limitada a este prazo e não ao prazo inicialmente pactuado, desde que a prorrogação busque a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração. (Oliveira, 2015).

Apesar do exposto, é importante citar que há contratos que são regidos por normas específicas de direito privado, como os contratos de seguro e de locação de imóveis. A Administração quando pretende contratar esses objetos, deve observar e informar expressamente em seu edital de licitação, além das normas de direito administrativo que sejam cabíveis, a inclusão das regras de direito privado específicas desses objetos.

Considerando que esses contratos são regidos por normas de direito privado, verifica-se que esses contratos, como exceção à regra geral, não se limitam ao prazo de 05 (cinco) anos, ou sessenta meses, conforme cita o inc. II do art. 57 da Lei 8.666/93. Este tem sido o posicionamento da Advocacia Geral da União, quanto aos contratos de seguro e locação de imóveis firmados pela Administração Pública:

A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a administração pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da lei nº 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57, da lei 8.666, de 1993 (AGU, Orientação Normativa nº 06, 2009).

## 2.8 PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS

Para que ocorram prorrogações nos contratos é necessário que a Administração atenda algumas exigências (TCU, 2010. p. 765-766):

- 1) Existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato;
- 2) Objeto inalterado pela prorrogação;
- 3) Interesse da Administração e do contratado;
- 4) Justificativa da vantagem em realizar a prorrogação;
- 5) Necessidade do contratado manter as condições de habilitação;
- 6) Preço compatível com o de mercado

## 2.9 INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Espera-se das partes – Administração Pública e particular, que haja o cumprimento adequado de todas as obrigações assumidas no ajuste realizado, porém pode haver casos de inexecução parcial ou total do contrato, tanto por culpa de uma das partes como por fatos imprevisíveis.

### 2.9.1 Inexecução Culposa

Quando há o dolo, ou seja, o dano proposital de uma das partes, é chamado de inexecução culposa.

Nas situações em que a culpa for da Administração, caberá compensação ao particular. Esse evento é conhecido como “fato da Administração”, quando ocorre a inexecução contratual causada pela contratante.

### 2.9.2 Inexecução Sem Culpa

Pode ocorrer a inexecução do contrato por fatos não causados pelas partes. Nessas situações existem duas possibilidades:

- a) Continuidade do contrato com a devida revisão, resultando em reequilíbrio da equação econômico-financeira que havia no início;
- b) Realização da extinção do contrato, quando não seja possível a revisão contratual.

Poderá haver a alteração do contrato desde que exista acordo entre as partes:

Para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (“d” do inc. II do art. 65 da Lei 8.666/93).

Existem algumas Hipóteses de inexecução sem culpa:

- 1) Teoria da imprevisão: Quando ocorrem eventos imprevisíveis de natureza econômica que desequilibram o contrato;



- 2) Fato do príncipe: Ocorre quando há algum fato extracontratual, porém praticado pela Administração que resulta em reflexos no contrato administrativo. Por exemplo, um aumento de alíquota municipal resultando em aumento de custos em um contrato de terceirização (DI PIETRO, 2009. p. 279).
- 3) Força maior ou caso fortuito: São eventos imprevisíveis da natureza (enchentes) ou eventos humanos (greves), que podem resultar em rescisão do contrato.

## 2.10 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Extinguem-se, em regra, os contratos administrativos, quando ocorre a execução do objeto ou chega ao fim seu prazo temporal. Há situações em que há a extinção do contrato de forma prematura, como nos casos em que seja constatada ilegalidade na licitação ou no contrato.

### 2.10.1 Motivos e Formas da Rescisão Contratual

Há vários motivos que podem resultar em rescisão contratual, pode-se dividir em três grupos: os motivos imputáveis ao contratado; motivos imputáveis à Administração e motivos não imputáveis às partes.

São motivos imputáveis ao contratado quando não houver o cumprimento das cláusulas contratuais ou houver cumprimento irregular, assim como, o cometimento de faltas contratuais de forma reiterada, ou também a decretação de falência do contratado (inc. I a XI e XVIII do art. 78 da Lei 8.666/93).

Em relação aos motivos imputados à Administração, pode haver razões de interesse público, o atraso dos pagamentos por mais de 90 dias, entre outros (inc. XII a XVI do art. 78 da Lei 8.666/93). Por fim, os motivos não imputados às partes são aqueles que resultam em extinção dos contratos em casos de força maior ou caso fortuito (inc. XVII do art. 78 da Lei 8.666/93).

### 2.10.2 Arbitragem em Contratos Administrativos

A arbitragem é uma maneira moderna de buscar solucionar as demandas de forma a atender as exigências de eficiência administrativa, tendo em vista uma maior velocidade e melhor técnica das decisões.

Apesar das posições divergentes da doutrina em relação à arbitragem nos contratos administrativos, atualmente ela é considerada compatível com os contratos da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2009. p. 210-211).

## 2.11 CONTROLE DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS

Existem dois tipos de controle, o controle externo que é exercido pelos outros poderes e o controle interno quando exercido pela própria Administração. O controle externo é exercido pelo Poder Judiciário e também pelo Poder Legislativo e, este último tem o auxílio do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas realiza o controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos das entidades da Administração direta e indireta (art. 70 da CF/88).

## 2.12 RESPONSABILIDADE CIVIL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em alguns momentos em que o Estado diante dos particulares é chamado a reparar os danos que seus agentes provocaram a terceiros, tendo em vista a possibilidade de que, quando um terceiro é prejudicado pelo exercício da função estatal, este pode recorrer ao Poder Judiciário com ações de indenização. A legislação prevê que nesses casos é garantida à Administração Pública o direito de regresso em face do agente público responsável pelo dano.

### 2.12.1 Responsabilidade Primária do Contratado e Subsidiária da Administração

Verifica-se que há responsabilidade primária do contratado quando constatada a má execução do contrato. A legislação expressa que:

O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado (art. 70 da Lei 8.666/93).

A responsabilidade do Estado é eventual e subsidiária e, ações de ressarcimento por quaisquer danos causados pelo cumprimento inadequado de um contrato devem ser realizadas em relação ao contratado e não à Administração (CARVALHO FILHO, 2009. P. 541).

#### 2.12.2 Responsabilidade da Administração em Terceirizações

A responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários e comerciais resultantes da execução do contrato é de responsabilidade do contratado (art. 71 da Lei 8.666/93).

Houve recentemente alteração da redação do Enunciado 331 do TST:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (Súmula nº 331 do TST).

Em resumo, o que se percebe pela atual jurisprudência é que a Administração Pública não possui responsabilidade de forma automática por débitos trabalhistas de suas contratadas. Haverá responsabilidade subsidiária da Administração Pública eventualmente e somente quando comprovada a sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas das contratadas.

### 2.12.3 Responsabilidade da Assessoria Jurídica nas Licitações

Existem muitas discussões a respeito da eventual responsabilidade do procurador ou advogado público em relação à emissão de pareceres nas licitações e também em contratos públicos.

Mais recentemente o STF fez a distinção entre três hipóteses de pareceres:

- a) Parecer facultativo: a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
- b) Parecer obrigatório: a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar o ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- c) Parecer vinculante: a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer, ou então não decidir.

Em relação ao parecer vinculante, o STF admite a potencial responsabilização solidária entre o parecerista e o administrador, porque o parecer favorável seria pressuposto da perfeição do ato, havendo então a partilha do poder de decisão. Nos demais pareceres, o parecerista responderá apenas nos casos de erro grosseiro ou dolo (STF, 2008).

### 3 CONCLUSÃO

Em relação ao estudo comparativo do presente trabalho que trata dos contratos administrativos referenciados na Lei 8.666/93, na doutrina, jurisprudência e nos aspectos constitucionais, compreende-se que nas relações onde uma das partes seja a Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse público é encontrado de forma constante.

Quando é celebrado um contrato baseado no direito privado, as partes tendem a estar no mesmo nível hierárquico, porém, nos contratos administrativos são muitas as prerrogativas que buscam a proteção do Estado.

## REFERÊNCIAS

AGU. **Orientação Normativa nº 06**, da Advocacia Geral da União, de 1º de abril de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189167>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

ALVES, Léo da Silva. **Prática de Gestão e Fiscalização de Contratos Públicos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 17 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 16 de janeiro de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 17ª ED. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LEIRIA, Jerônimo Souto. **Gestão da Terceirização e Gestão de Contratos**. Porto Alegre: Leiria & Pietzsch Editora Ltda, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STF. Tribunal Pleno, **MS 24.631/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje-18 01.02.2008, **Informativo de Jurisprudência do STF nº 475**. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D102075145%26tipoApp%3D.pdf&ei=zUTGVLXGKrHisATJq4CoAg&usg=AFQjCNExMP1zjBbAkM4EJ\\_9q8ISI0mOA1w&bvm=bv.84349003,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D102075145%26tipoApp%3D.pdf&ei=zUTGVLXGKrHisATJq4CoAg&usg=AFQjCNExMP1zjBbAkM4EJ_9q8ISI0mOA1w&bvm=bv.84349003,d.cWc). Acesso em 20 de janeiro de 2015.

SÚMULA nº 331 do TST. **Contrato de Prestação de Serviços**. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em: 18 de janeiro de 2015.

TCU. **Acórdão 3564/2006 – Primeira Câmara**. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3631343035&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

TCU. **Acórdão 2081/2014- Plenário**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dwggralLnAgJ:www.tcu.gov.br>

r/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140812/AC\_2081\_29\_14\_P.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

TCU. **Licitações e Contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília, 2010.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Contratos**. 3ª ed. Curitiba: Editora JML, 2014.