

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 802

(Ano IX)

(20/05/2017)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



19/05/2017 Leonardo Sarmento

» [Presidente Temer pode ser processado? Entenda a complexidade da situação](#)

ARTIGOS

10/02/2017 Jeová Miguel da Silva Filho

» [Uma análise jurisprudencial da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito pátrio.](#)

10/02/2017 Felipe Oliveira Pinheiro

19/05/2017 Caroline Barbosa Alves

» [O Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito](#)

19/05/2017 Samara Carollyne Nascimento Santos

» [Acepções sobre o acesso a justiça](#)

19/05/2017 Muriel Angelo Rodrigues Vilalva

» [O direito à privacidade no mundo virtual: Direito fundamental à privacidade.](#)

19/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Instituto da Concessão de Serviços Públicos em Exame: Primeiras Reflexões](#)

19/05/2017 Eder Marcelino Nestor

» [A efetividade do artigo 225 da CF/88: a pesca ecológica](#)

19/05/2017 Anna Beatriz Pinheiro de Souza Abreu

» [Direito Eleitoral e a participação feminina na política: Como melhorar o quadro atual?](#)

19/05/2017 Dinameres Fontes de Santana

» [Capacidade contributiva: uma análise dos direitos humanos e fundamentais](#)

18/05/2017 Tamara Laíse Marques Filgueiras Teixeira

» [Responsabilidade civil nos danos causados por procedimento estético capilares com aplicação de formol](#)

18/05/2017 Ana Claudia Merlotto dos Santos

» [Da publicidade abusiva: a publicidade abusiva e seu impacto no meio ambiente](#)

18/05/2017 Samuel José Milanez Sousa

» [Contratos de Fiança: a Boa-fé Ante a Ausência de Outorga Conjugal](#)

18/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [O direito à propriedade em face da função social e suas legitimidades](#)

18/05/2017 Igor Eduardo Tonon

» [Execução provisória da pena](#)

18/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Primeiras Reflexões ao Direito Real de Laje: Uma análise do Direito de Superfície em Segundo Grau](#)

17/05/2017 Caroline Barbosa Alves

» [A Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal e a violação aos princípios constitucionais tributários](#)

17/05/2017 Mikaela Barreira Costa

» [Autonomia de vontade e consentimento esclarecido: uma análise sobre os pacientes testemunhas de Jeová](#)

17/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [O Direito do Trabalho e a negociação coletiva nas relações democráticas trabalhistas em cotejo com os direitos humanos fundamentais](#)

17/05/2017 Donizete Alves dos Santos

» [Ética na advocacia para com o dever de urbanidade.](#)

17/05/2017 Brenda Moretti Gilioti

» [Água: um bem que garante a vida, saúde e dignidade da pessoa humana.](#)

17/05/2017 Guilherme Augusto Cruz Andrade

» [Falência do Sistema Carcerário Brasileiro](#)

16/05/2017 Taiz Marrão Batista da Costa

» [Súmulas Vinculantes e Democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público](#)

16/05/2017 Gabriel Segal Teixeira

» [Exame da necessidade de comparecimento pessoal das partes nos Juizados Especiais Cíveis](#)

16/05/2017 Guilherme Augusto Cruz Andrade

» [Análise dos requisitos e pressupostos da Prisão Preventiva a luz da Constituição Federal](#)

16/05/2017 Letícia Cristina Vasques da Silva

» [A teoria da indenização pela perda do tempo produtivo](#)

16/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [A desvalorização dos empregados domésticos e a importância da criação de sindicatos para o fortalecimento da categoria](#)

16/05/2017 Tauã Lima Verdian Rangel

» [Obrigação Alimentar entre Ex-Cônjuges: Uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ](#)

15/05/2017 Adriana Monteiro Espinheira

» [Análise da tipicidade do parágrafo único do Art. 1º da Lei n. 8137/90: Aplicação da Teoria da Tipicidade Conglobante de Raúl Zaffaroni](#)

15/05/2017 Guilherme Augusto Cruz Andrade

» [Substituição Progressiva e a Repetição Tributária nos impostos plurifásicos](#)

15/05/2017 Filipe Reis Caldas

» [O Direito de Restituição das Contribuições Previdenciárias incidentes sobre verbas com teor indenizatório](#)

15/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [Violência intrafamiliar: idosos](#)

15/05/2017 George Almeida Margalho

» [Formas de extinção do contrato e suas especificidades](#)

15/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Anotações ao Recurso Especial nº 1.515.895-MS: O Direito à Informação para os Hipervulneráveis](#)

MONOGRAFIA

17/05/2017 Caroline Barbosa Alves

» [A aproximação das regras do Regime Geral de Previdência Social aos regimes próprios dos servidores públicos efetivos](#)

PRESIDENTE TEMER PODE SER PROCESSADO? ENTENDA A COMPLEXIDADE DA SITUAÇÃO

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

O Presidente Michel Temer possui imunidade temporária à perseguição penal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e nestes termos há a impossibilidade de investigação na vigência de seu mandato, sobre atos estranhos ao exercício de suas funções.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (nosso grifo).

Foi com base no mencionado artigo que o Supremo entendeu que a ex-presidente Dilma Russeff não poderia sequer ser investigada. À época haviam suspeitas de irregularidades na compra da refinaria de Pasadena que teria corrido antes do primeiro mandato de Dilma à frente do Palácio do Planalto, assim Janot não apresentou um pedido de investigação contra ela.

Os fatos eram anteriores ao exercício de seu mandato, quando sustentou-se pela impossibilidade de se investigar, mesmo quando constatados indícios de irregularidades.

Há época ousamos discordar parcialmente do nobre precatado PGR. Entendemos que seria sim cabível investigar a presidente Dilma Rouseff, quando o impedimento que guarda o parágrafo 4º do art. 86 atine a responsabilização, leia-se processo [ação penal], quando consabido

ainda que, investigação pode revelar-se procedimento que apenas irá instruir futuro processo.

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) vai julgar se presidente da República pode ser investigado por acusações ocorridas antes de assumir o mandato. A questão foi definida após decisão do ministro Luiz Fux, que enviou para a deliberação do colegiado uma ação na qual o PDT pede que a Corte diminua a imunidade ao chefe do Executivo. Ainda não há data para o julgamento. Na ação, o PDT defende que o Supremo deve dar interpretação à [Constituição](#) para garantir que o presidente da República pode ser investigado durante o mandato, mas não pode ser alvo de ação penal por crime comum, exatamente nos termos que entendíamos á época da ainda presidente Dilma.

E no tocante ao presidente Temer?

Caso seja confirmado que o presidente Michel Temer incentivou a compra do silêncio do ex-deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) e do financista Lúcio Funaro e indicou que a JBS pagasse R\$ 500 mil ao deputado Rodrigo Rocha Loures (PMDB-PR) para resolver problemas da empresa, como afirmado pelo jornal O Globo, o chefe do Executivo federal pode se tornar réu por ação penal no Supremo Tribunal Federal.

Em tese, a conduta do presidente pode ser enquadrada nos crimes de corrupção passiva (artigo 317 do [Código Penal](#)) e obstrução da Justiça (artigo 2º, parágrafo 1º, da [Lei 12.850/2013](#)). Pelas gravações divulgadas pelo jornal O Globo, Temer estaria usando de seu poder como presidente da República para favorecer a JBS e evitar delações premiadas de Eduardo Cunha e Lúcio Funaro. Dessa maneira, ficaria afastada a imunidade temporária do artigo [86](#), [parágrafo 4º](#), da [Constituição](#). Este dispositivo impede que o presidente, durante o mandato, seja responsabilizado por “atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Como a delação se reporta a fatos ocorridos já depois do início do mandato, a PGR pode oferecer denúncia ao Supremo, se entender pela ocorrência do crime. Assim, a presidente da corte, a ministra Cármen Lúcia, encaminhará um pedido de abertura de ação penal à Câmara dos Deputados.

Caso o requerimento da PGR reste aprovado por 2/3 dos deputados, na forma diz o artigo [86](#) da [Constituição](#), o STF restará autorizado a analisar o pedido da denúncia. Se a corte aceitar a acusação, o presidente será afastado de suas funções por até 180 dias, de acordo com o

artigo [86](#), [parágrafo 1º](#), inciso [I](#), e [parágrafo 2º](#), da [Carta Magna](#). Mister porém, que nos termos do [parágrafo 3º](#) do mesmo artigo [86](#) da [Constituição](#) não cabe prisão temporária ou preventiva contra Temer.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

Mas ao presidente Temer pode ainda ser imputado à prática de crimes de responsabilidade na forma da [Lei 1.079/1950](#). Opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças e proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Assim:

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCÍCIO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS

Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados:

*5 - opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças;
Ainda:*

DOS CRIMES CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.

Foi exatamente nesse sentido que deputado Federal Molon protocolizou petição com o pedido de impedimento de Michel Temer. A petição deverá ser analisada pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ). Se aceita, é instalada uma comissão para analisar o requerimento, que deverá oferecer um parecer ao final dos trabalhos.

Temer ainda responde perante o TSE. A cúpula Temer contava com um placar favorável a não cassação da chapa Dilma-Temer a partir da modificação de dois ministros do TSE – as entradas de Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira, que em tese votariam nos interesses do Presidente. Com este novo cenário dificilmente a chapa Dilma-Temer não restará cassada, esta nossa opinião pautada nas vivências que possuímos com o intercâmbio entre a política e o direito.

Finalizamos em profundo lamento por nos vermos encetados pelo agravamento de uma crise no país que parece não ter fim. Quando se articulavam reformas vistas como inadiáveis e imperiosas, ainda que não suficientes, uma nova gestão presidencial vem nos comprovar que o nosso sistema político está carcomido e em estado de profunda putrefação independente das letrinhas que compõem as legendas, de improvável reversão em curto ou médio prazo. Um abismo que nos parece aberto e sem fim.

ATUALIZAÇÃO: O ministro Fachin nos termos do que acabamos de defender autorizou abertura de inquérito para investigar o presidente Michel Temer, a delação contra ele foi homologada. O pedido de investigação foi feito pela PGR.

Pela Constituição, o Presidente da República só pode ser investigado por atos cometidos durante o exercício do mandato e com autorização do STF, conforme expusemos.

Assim, o Presidente poderá ser investigado porque os fatos narrados por Joesley Batista na delação teriam sido cometidos em março deste ano, quando Temer já ocupava a Presidência.

O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CAROLINE BARBOSA ALVES: Formada no Instituto Camilo Filho, advogada, pós-graduada em Direito Tributário pela Puc Minas e em Direito Previdenciário pelo CEUT.

RESUMO: O presente trabalho visa refletir sobre o processo de judicialização do direito brasileiro, sua evolução histórica, discutindo o Papel do Judiciário no Brasil e seu agigantamento, face ao Estado Democrático de Direito e o Princípio da Separação dos Poderes e, ainda, os desafios e as perspectivas de tal judicialização, bem como do ativismo judicial, demonstrando, assim, a relevância atual do estudo proposto. Nos últimos anos, a função jurisdicional assumiu contornos mais amplos, conferindo à atuação do Poder Judiciário uma nova dimensão. Especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, a crescente necessidade de se preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais impõe ao Poder Judiciário o uso de mecanismos que viabilizem a solução de casos nem sempre passíveis de serem resolvidos pelas leis emanadas pelo Legislativo. Questiona-se, então, se haveria o exercício da função de interpretação dos comandos normativos ou o exercício de uma possível função criadora pelo Poder Judiciário, que estaria criando o direito ao decidir questões que extrapolem a lei e outros comandos normativos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

Após o advento da Constituição Federal de 1988, evidenciou-se a busca da sociedade pela efetivação de seus direitos, bem como pela procura de soluções para os conflitos enfrentados no âmbito judicial. O acesso à Justiça é direito fundamental expresso no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, a função do Poder Judiciário no Brasil recebe especial importância, uma vez que a Constituição Federal não apenas garante que a lei não

excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas procura garantir a eficácia das decisões judiciais em benefício dos jurisdicionados.

Por outro lado, face à constatação do vazio legal referente a diversas matérias que não são enfrentadas pelo Poder Legislativo, acaba por se concentrar nas mãos do Judiciário brasileiro o poder de decidir tais questões. Assim, desde as decisões monocráticas dos juízes de primeiro grau até as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A, da CF e editadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) reforça-se, a cada dia no Brasil, um panorama de judicialização do direito brasileiro.

Ante a omissão legislativa, o Supremo, para efetivar as garantias constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, vem se valendo dos princípios constitucionais, elevados à categoria de normas jurídicas, e das cláusulas abertas.

Se antes a lei, emanada de um processo legislativo estipulado constitucionalmente, apresentava-se como a fonte de maior expressão para o direito, na atualidade o Poder Judiciário se utiliza de diversos mecanismos no processo decisório das questões que enfrenta. A jurisprudência, por exemplo, definida sinteticamente como o conjunto de decisões reiteradas dos Tribunais, passa a ser valorizada como forma de expressão do direito brasileiro, embasando novas decisões, servindo de parâmetro para pesquisas técnico-jurídicas e jurídico-científicas, influenciando inclusive na formação dos aplicadores do Direito e na própria evolução da concepção do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A noção de superioridade da lei sobre as demais formas de expressão do direito passa a ser questionada com mais veemência. A ideia de que a atividade legislativa e seu produto – a lei – gozam de mais prestígio do que a atividade dos tribunais e um de seus produtos – a jurisprudência – não se apresenta mais na atualidade como tão absoluta.

Questiona-se até que ponto a democracia, baseada no princípio da maioria – o Poder Legislativo é escolhido pela maioria do povo – e materializada via Legislativo, não está sendo vulnerada pela ampliação do papel do juiz constitucional na sua função de interpretar normas constitucionais abertas, especialmente, quando a defesa dos direitos fundamentais é invocada.

Nesse sentido, a judicialização do direito significa a intervenção decisória do Poder Judiciário em questões de naturezas diversas capaz de afetar a conjuntura das democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do Poder Judiciário em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo.

Ainda, a judicialização do direito é a atuação proativa do Poder Judiciário, decorrente do modelo de Estado de Direito. Já o ativismo judicial é o excesso de judicialização e ocorre quando o Judiciário usurpa a tarefa do legislador.

A instituição da fidelidade partidária, o nepotismo, a criação de normas para demarcação de reservas indígenas, o direito de greve do servidor e, mais recentemente, o reconhecimento da união homoafetiva são exemplos claros do chamado ativismo judicial.

Assim, o cerne da pesquisa proposta é refletir sobre o processo de judicialização do direito brasileiro, sua evolução histórica, discutindo o Papel do Judiciário no Brasil e seu agigantamento, face ao Estado Democrático de Direito e o Princípio da Separação dos Poderes e, ainda, os desafios e as perspectivas de tal judicialização, bem como do ativismo judicial, demonstrando, assim, a relevância atual do estudo proposto.

Sem formar juízo de convencimento acerca da matéria, a intenção precípua é fomentar o leque de reflexões acerca do processo de judicialização e do ativismo judicial, que se enriquece com a oferta de posicionamentos sobre os limites de atuação do Poder Judiciário.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” (alguns autores afirmam que a melhor denominação seria tripartição de Funções) foram estabelecidas por Aristóteles, em sua obra *Política*. Em decorrência do período em que se encontrava, o autor concentrou os poderes, quais sejam, editar normas gerais a serem observadas por todos, aplicar as referidas normas ao caso concreto e julgar, dirimindo os conflitos de forma concreta, na mão do soberano.

O princípio da separação dos poderes surge, pela primeira vez, como teoria política, no pensamento de John Locke (1632-1704). Este denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo.

Mais tarde, Montesquieu traria sua visão da teoria de John Locke, influenciado pelo Estado liberal burguês. O autor, em sua obra *O espírito das leis*, inovou dizendo que as funções estariam conectadas a órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, não mais se concentrando nas mãos do soberano.

Tal teoria acabou por servir de base a vários movimentos, tais como as revoluções americanas e francesas, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão que, em seu artigo dezesseis, expressa a criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetivam o afastamento do despotismo do antigo regime e, também, garantir a liberdade e os direitos fundamentais, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos, batizado pelo STF nos seguintes termos:

Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado – Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estrita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...) [1]

Assim, na formulação tradicional da teoria da tripartição de poderes, o Judiciário ficaria fora da apreciação de questões de ordem política, em razão do déficit de legitimidade democrática que garante este poder, sendo estas questões de competência dos poderes eminentemente políticos do Estado, sobretudo, do Legislativo, onde prevalece o caráter “pulsante e inovador” [2] das tensões políticas.

O Estado brasileiro, pela Constituição vigente, em seu artigo 2º coloca que são *Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, de clara maneira a percepção da Tripartição dos Poderes pelo Constituinte Originário e a relevância desta para as condições de coexistência do próprio Estado.

Dessa forma, conforme adiante demonstrar-se-á, a teoria da tripartição permanece no ordenamento jurídico brasileiro como forma de manutenção do Estado de Direito.

2.1 A SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES NA CONTEMPORANEIDADE

A teoria da “tripartição de Poderes”, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, porém de forma abrandada, posto que alguns resolveram dar primazia a um dos poderes, em detrimento dos demais.

Nitidamente, o modelo norte-americano foi construído de modo a mitigar a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes. Afastando-se, desta forma, do modelo europeu, que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

Nesse passo, cumpre destacar, a grande responsabilidade dos Estados Unidos por situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo, configurando sua moderna função no mundo. Através da decisão de JOHN MARSHALL, no caso *MARBURY versus MADISON* (1803), que inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial), segundo o qual compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei, considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, ato legislativo contrário à Constituição não é lei.

Além das constituições contemporâneas atribuírem aos poderes constituídos funções típicas, inerentes e ínsitas à sua natureza, e atípicas, de natureza típica dos outros dois órgãos, os Poderes Executivo e Judiciário tem agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. Aquele, não somente tem a competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira.

Já o Poder Judiciário, na tentativa de criar novas soluções em razão de leis vagas ou na ausência destas, usurpa a competência do Legislativo, visto que faz do

juiz um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*, contrariando a separação dos três poderes, basilar do Estado de Direito[3].

Resta, ainda, a dúvida para os estudiosos do Direito: o princípio da separação dos três poderes ainda pode ser aplicado na contemporaneidade? Há sempre a necessidade de controle do poder ou retornar-se-á a um Estado Absolutista, em que todos os poderes acabavam por se concentrar nas mãos de uma só pessoa.

Não obstante, é preciso esclarecer que a manutenção da harmonia entre os Poderes, mencionada pela Constituição Federal de 1988, pressupõe que cada Poder conserve-se na órbita da função que lhe é atribuída, não sendo lícito, fora dos casos estabelecidos constitucionalmente, praticar atos e funções que correspondam à competência de outro Poder. Também não poderá um Poder, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição, limitar ou controlar a ação de outro. Devem os poderes respeitar-se reciprocamente, reconhecendo a existência e a estabilidade dos demais, garantindo, assim, a sua independência e a sua harmonia frente aos outros.

3 O PODER JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO TÍPICA

Além das funções legislativa e administrativa, o Estado também prevê a função de julgar, mormente à função jurisdicional. O referido papel reside, na visão de Alexandre de Moraes[4], na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.

A função jurisdicional, a partir da divisão clássica das funções do Estado, é atribuída ao Poder Judiciário nacional. “Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.”[5]

Nesse sentido, o Poder Judiciário é um dos três poderes que compõem a clássica tríade da Teoria da Separação das Funções no âmbito do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um poder autônomo e independente, com função de dirimir as lides que exsurtem, administrar a justiça, guardar a Constituição e preservar os princípios e fundamentos nela constantes e coexiste em harmonia com os demais.

Segundo José Afonso da Silva^[6], a função jurisdicional, que se realiza por meio de um processo judicial, consiste na composição dos conflitos de interesse em cada caso concreto, delineando-se o que se denomina sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

O autor explicita, também, que os conflitos de interesses são solucionados pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas – ordens legais –, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais.

No exercício da jurisdição, o Poder Judiciário expressa algumas de suas características, entre as quais a ampla independência: “[...] talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira.”^[7]

Para assegurar a ampla independência, algumas garantias foram constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário, a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Na proteção dessas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental.

As garantias institucionais não são privilégios pessoais dos detentores do poder, pois, relacionam-se com o exercício da função jurisdicional e asseguram a independência do Poder Judiciário no relacionamento com os demais poderes, evitando excessos, abusos e ingerências dos outros poderes. Como exemplo, a própria Constituição Federal, em seu Artigo 85, considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o livre exercício do Poder Judiciário.

Outras características também são atribuídas ao Poder Judiciário por Luiz Alberto Rocha. Partindo da Teoria da Separação dos Poderes, o autor explica que,

originalmente, o Judiciário é o mais débil dos três poderes: “Primeiro, que ele não tinha ação ativa no conjunto social, como o Executivo, nem tinha mecanismos de legitimação tão amplos quanto o Legislativo. Sua ação dependia, e ainda depende, de provocação e seu exercício era contido aos limites específicos da Lei.”^[8]

Não obstante, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, o papel do Poder Judiciário foi redimensionado, ampliando-se suas funções bem como foram delineados novos contornos à sua atuação na concretização dos fins do Estado Democrático de Direito. Esse cenário deu ensejo a algumas reflexões sobre a nova face da função jurisdicional.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A MUDANÇA DE PARADIGMAS

É inegável que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira. O poder constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a missão de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional.

No Brasil, a maioria dos autores defende uma Constituição de valores, dentre eles Lenio Luiz Streck, Giselle Cittadino e Luís Fernando Barzotto, que concluem pela substantividade da Constituição brasileira, pela supremacia dos direitos fundamentais, bem como pelo ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

Lenio Luiz Streck parte da premissa de que a Constituição criou um novo paradigma ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, dando um novo papel ao Poder Judiciário e à Justiça Constitucional de guardiões dos valores materiais positivados na Constituição.^[9]

Além disso, o efeito social da judicialização é lastreado, especialmente nos últimos anos, pelo que se convencionou chamar de movimento neoconstitucionalista, que reconheceu modernamente que as Constituições deixaram de ser apenas reprodutores de sistemas políticos, sendo certo que possuem, a exemplo da Constituição pátria, verdadeiros objetivos a serem perseguidos pela sociedade, trazendo consigo princípios com força normativa, com aplicabilidade exigível judicialmente.

Sobre o neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento comenta:

O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de implicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.[\[10\]](#)

A prática do neoconstitucionalismo reforça o chamado ativismo judicial. Tal conceito guarda congruência com o aspecto da judicialização da Política. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios

menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.^[11]

Nessa nova posição, o Poder Judiciário enfrenta, ainda, diversas críticas, entre as quais a falta de legitimidade, por ser um Poder não eleito pela maioria, que diz o direito no lugar daquele poder democraticamente eleito pelo povo.

Como defesa a esse argumento, Bruna Banfante^[12] coloca que, *a priori*, o Judiciário não necessitaria da legitimação *popular e democrática* que se exige do Poder Legislativo.

A legitimação necessária ao Poder Judiciário, segundo Pereira e Roesler^[13], embasados nas teorias de Alexy e Habermas, é alcançada por processos de construção dialógica da decisão judicial, calcada em critérios racionais de correção material, aqui entendida como aceitabilidade racional apoiada em argumentos, e pelo abandono do mero cumprimento dos ditames lógico-dedutivos, monologicamente conduzidos.

Assim, o Poder Judiciário poderá ter uma postura ativa frente aos direitos e garantias fundamentais, porém, sem transgredir a função dos demais poderes, convolvendo-se um poder não atribuído a ele.

5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal em seu artigo 1º estabelece que: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Embora o texto expresso na Lei Maior, há uma dificuldade em compreender-se o verdadeiro significado do novo paradigma “Estado Democrático de Direito”, até porque o Brasil não passou pelo Estado Social^[14].

A expressão “Estado de Direito”, conhecida na vertente contemporânea, é atribuída à segunda metade do século XVIII e início do XIX, com o surgimento da doutrina liberal e com as duas principais revoluções, a Americana e a Francesa, que consolidaram um processo iniciado anteriormente de limitação do poder do Estado frente aos indivíduos, principalmente na Inglaterra. No Estado Liberal, os

detentores do poder passam a ter seu arbítrio cerceado por princípios como o da legalidade, da liberdade e da igualdade individuais.

Já no Estado Social, o rol de direitos fundamentais se amplia, exigindo que as liberdades e igualdades formais apregoadas pelo Estado Liberal tivessem, inclusive, o amparo do Estado para que ocorressem.

Assim, apesar de, durante o Estado Liberal, o empregado formalmente ter os mesmos direitos que o patrão, na realidade era este último que tinha o controle da situação, determinando todos os deveres de seus subordinados, que não tinham direitos reais. A partir do Estado Social, o Estado se insere nessa relação, estabelecendo uma igualdade material, e não só formal, na medida em que o empregado passa a ter direitos amparados pelo próprio Estado, como direito a férias, a licença maternidade, a licença médica e outros.

Bobbio aponta que o Estado Moderno nasce justamente dessa inversão:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria.^[15]

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito não representaria apenas o somatório dos direitos de cunho “individualista”, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social. Isso porque, na verdade, o próprio conceito de “Estado de Direito” poderá caracterizar essa “somatória”, na medida que o “Estado de Direito”, como um *status quo* institucional provém, originariamente, da concepção individualista e

racionalista do Direito, durante o século XVIII, mas que, na verdade, teve o rol dos direitos fundamentais, em especial, ampliados por ocasião da Revolução Industrial e do surgimento das políticas do *welfare state*. O objetivo, aqui, é destacar que o Estado Democrático de Direito implica, sim, uma interpretação diferenciada do Direito e não apenas elencar os direitos.

Nesse sentido, Canotilho assevera:

O Estado Democrático de Direito vai realizar o equilíbrio entre os modelos liberal e social de Estado.^[16]

Dessa feita, hoje a fórmula do “Estado de Direito”, representada pela vinculação jurídica do poder do Estado submetido ao Direito, traduzido em institutos como *The Rule of Law* (inglês), *always under law* (americano), *Rechtsstaat* (alemão), tornou-se insuficiente diante dos Estados policêntricos e das sociedades plurais. O que faltava era a legitimação democrática do poder. O elemento democrático busca legitimar o poder: a soberania popular diz de onde vem o poder e sem ela o Estado se torna “a-político”^[17].

A concepção de Estado Democrático de Direito acarreta controvérsias que se baseiam na forma de ver a questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder: no “Estado de Direito”, a liberdade é negativa, de defesa ou de distanciamento do Estado; no Estado Democrático, a liberdade é positiva, pois representa o exercício democrático do poder, que o legitima. Os críticos dessa forma de Estado dizem que essa concepção de liberdade representa o liberalismo político: o homem civil precede o homem político. Assim, o liberalismo consagrou uma concepção estática de Constituição, eliminando o problema dos pressupostos ideológicos e sócio-econômicos, indispensáveis à compreensão do conteúdo constitucional^[18].

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, dentre outras questões passíveis de serem levantadas, acrescenta aos conceitos referentes à própria formulação do Estado Moderno um espaço necessário para interpretações construtivistas. Trata-se de discutir o papel da Constituição e do próprio Poder Judiciário, como última instância de interpretação desse documento essencial para a caracterização de um “Estado de Direito”.

Na verdade, utilizando Habermas, o Estado Democrático de Direito visa buscar uma nova forma de legitimação:

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.^[19]

A preocupação com a legitimidade é a tônica do Estado Democrático de Direito já que um dos seus pressupostos é a eliminação da rigidez formal, ou seja, não existe uma forma preestabelecida, que deva ser simplesmente adotada independentemente das circunstâncias históricas e culturais dos diferentes Estados.

A busca de uma sociedade mais fraterna e solidária, a dignidade humana, a democracia, a separação dos três poderes e os direitos fundamentais são pilares do Estado Democrático de Direito, daí por que incontestável o conteúdo político presente na Constituição brasileira, compromissada com a melhoria de vida da sociedade e a realização da justiça social. Como bem explica José Carlos Vieira de Andrade sobre os direitos de solidariedade:

São direitos de uma quarta categoria, que não são basicamente direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles, “direitos circulares”, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objectiva fortíssima, já que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são ao mesmo tempo bens comunitários de que todos são titulares – e aliás, não só todos os vivos, mas ainda os elementos das gerações futuras, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.^[20]

O atual momento histórico brasileiro representa o processo de consolidação democrática, no qual a sociedade tenta efetivar os direitos adquiridos

na Constituição de forma substantiva, realmente exercendo a cidadania. Nesse contexto, o Poder Judiciário adquire uma concepção política de proteção ao ideal democrático, não só de representação via procedimentos eleitorais, mas de efetiva participação, em uma espécie de “ativismo judicial”.

Zimmerman[21] aponta as seguintes características básicas do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a correlação entre os ideais de democracia e a limitação do poder estatal:

- a) soberania popular, manifestada por meio de representantes políticos; b) sociedade política baseada numa Constituição escrita, refletidora do contrato social estabelecido entre todos os membros da coletividade; c) respeito ao princípio da separação dos poderes, como instrumento de limitação do poder governamental; d) reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser tratados como inalienáveis da pessoa humana; e) preocupação com o respeito aos direitos das minorias; f) igualdade de todos perante a lei, no que implica completa ausência de privilégios de qualquer espécie; g) responsabilidade do governante, bem como temporalidade e eletividade desse cargo público; h) garantia de pluralidade partidária; i) “império da lei”, no sentido da legalidade que se sobrepõe à própria vontade governamental.

Percebe-se que a visão predominante nessas características implica os elementos que embasaram a formação do “Estado de Direito”, ou seja, a preocupação com a limitação do poder do Estado.

Os dois principais argumentos em que se assentava a dificuldade de conciliação entre legislação e jurisdição deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional do Estado Democrático de Direito.[22]

Reiterando que o Estado Democrático de Direito assenta-se na democracia e nos direitos fundamentais, Streck afirma que a discussão é interminável, mas coloca a questão nos seguintes termos:

(...) a Constituição, enquanto explicitação do contrato social, traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado/ solapado, a partir de uma ruptura institucional.

Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito.^[23]

Desta forma, entende-se que a complexidade do tema denota que o liame entre política (democracia) e direitos (constitucionalismo) não é tranquilo, existindo um conflito inerente à fórmula política fundamental do Estado Democrático de Direito.

6 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, apesar de dar valor ao procedimento democrático, prioriza a proteção dos direitos fundamentais, enquanto valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira.

Diante deste cenário, é importante demonstrar de que modo a jurisdição constitucional poderá atuar, utilizando-se como fonte de inspiração a experiência ativista da Suprema Corte americana quando da realização do *judicial review*, naquele país, de modo a concretizar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição.

A evolução histórica dos direitos humanos deu-se junto com a história da limitação do poder. Somente quando ocorre a positivação das teorias filosóficas de direitos humanos, é que se pode falar em um “autêntico sistema de direitos no sentido da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos”.

Como explanado anteriormente, no Estado Liberal, o Estado era responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade dos indivíduos. “Para desempenhar tal finalidade, se limitava a produzir a lei, a executá-la, bem como censurar a sua violação”^[24], os cidadãos possuíam, assim, somente direitos correlativos a prestações negativas (dever de abstenção).

Somente com a crise do capitalismo concorrencial e a crise da economia no período industrial, é que o Estado foi chamado a intervir, vindo, então, a nascer o Estado Social ou Estado providência.

O Estado intervencionista procura neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando os direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à educação, dentre outros.

Enquanto a proeminência no Estado Liberal foi do Poder Legislativo, no Estado Social, as maiores cobranças recaíram sobre o Poder Executivo para a garantia dos direitos fundamentais, o qual alterava também o papel do Poder Judiciário.

O Estado Social não conseguiu suportar a pressão exercida pela sociedade para provar todas as prestações exigidas. Assim, a busca por uma sociedade mais fraterna e igualitária acabou por desaguar no estado Democrático de Direito.

As principais mudanças que surgem junto com o aparecimento do Estado Democrático de Direito dizem respeito ao papel do Direito e da Justiça Constitucional na busca da realização dos valores substantivos estabelecidos na Constituição e, principalmente, no que se refere ao papel político nela estabelecido, a fim de se alcançar uma democracia real.

Os cidadãos começam a se movimentar de forma ativa, buscando prestações estatais. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, esse papel acaba sendo delegado ao Poder Judiciário, já que é o último a dar a palavra na efetivação dos direitos humanos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Ainda, é importante considerar que novos desafios são criados aos componentes do Poder Judiciário, já que a reconhecida normatividade dos princípios constitucionais, inseridos em toda a legislação pátria possibilita grande raio de interpretação ao aplicador do direito.

Paulo Arminio Tavares Buechele, em sua obra “O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição” traz a lição de Gilmar Mendes acerca da matéria:

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade na solução de um caso concreto se dá pela verificação, na espécie, da presença de três elementos essenciais: a adequação dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a necessidade da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva razoabilidade da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida por meio de uma rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.^[25]

Tais princípios carregam conceitos semânticos bastante abertos e de cunho moral elevado, abrindo, por consequência, espaço inclusive para discussões filosóficas, bem como, para o papel criativo do juiz na concretização do Direito, combustível necessário para a realização do ativismo judicial.

7 O ATIVISMO JUDICIAL

Atualmente, a expansão da ação judicial é a marca fundamental das sociedades democráticas. No Brasil, também se opera a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecido pela CF de 1988, que, ao estabelecer princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito e ao incorporar direitos e princípios fundamentais, possibilita a ação judicial no sentido de viabilizar as aspirações sociais, em busca da efetivação dos mesmos.

Até nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas e inovadoras, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”.

Luiz Werneck Vianna *et al.* assinalam que:

[...] após a Segunda Guerra, seja na preferência da bibliografia especializada, seja no âmbito da opinião pública, “à prevalência do tema do Executivo, instância

da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.^[26]

O processo de ampliação do Judiciário pode ser analisado à luz de várias perspectivas, como: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas; a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular, além da consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito.

Com base nesses aspectos, é possível entender por que a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”.

O Poder Judiciário passa, então, a participar da configuração dos assuntos públicos, fazendo perceber que a lei não é mais o único instrumento útil para a regulação social, embora seja um instrumento insubstituível e indispensável para assegurar, em sociedades pluralistas e complexas um dos valores fundamentais do direito, qual seja, a segurança jurídica.

Por outro lado, a objetividade do direito, sem a qual não cumpriria nenhum de seus fins, descansa necessariamente sobre a objetividade e a racionalidade da interpretação e aplicação da norma jurídica.

Nesse cenário, a insuficiência da lei em uma sociedade que, em muitas vezes, ameaça a dignidade humana e a omissão legislativa se refletem na necessidade de ampliação do papel do juiz, já não mais neutro, mas como aquele que atua como intérprete da norma e da Constituição, o que não significa uma atividade “alternativa” à lei, senão uma qualificada tarefa de assegurar a sua legítima e devida efetividade.

A partir do explanado, recorre-se à concepção de Luís Roberto Barroso, para quem a ideia de “ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”^[27] O autor explica que, em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Historicamente, a expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez no artigo intitulado *The Supreme Court*, do historiador Arthur M. Schlesinger, publicado na revista *Fortune* de janeiro de 1947, para rotular a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos entre os anos de 1954 e 1969, período em que fora presidida por Earl Warren.

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma reação conservadora, o termo ativismo judicial assumiu uma conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

O historiador Schlesinger abordou, no citado artigo, a divisão existente na Suprema Corte, à época, com as seguintes palavras:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores

parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.^[28]

Afastada a crítica ideológica dirigida ao ativismo judicial no contexto norte-americano da época, a expressão na atualidade está associada a uma ação mais intensa do Poder Judiciário na consecução dos valores constitucionais.

Luís Roberto Barroso^[29] invoca dois motivos pelos quais o ativismo judicial encontra espaço no âmbito brasileiro: a) a nova composição do STF, ou seja, por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário.

Assim, para Barroso^[30], há no Brasil diversos precedentes de postura ativista do Supremo Tribunal Federal: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

O autor supracitado coloca que em todas essas situações há um distanciamento “de juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproxima de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.”^[31]

Para melhor compreensão do ativismo judicial, Luiz Flávio Gomes estabelece duas espécies:

há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.^[32]

O ativismo judicial inovador é exemplificado por Luiz Flávio Gomes com duas questões já abordadas no âmbito no Judiciário brasileiro, a fidelidade partidária e a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR):

No caso da imposição da fidelidade partidária não havia nenhuma regra explícita a respeito do tema. Que fizeram os Ministros do STF? Com base no princípio democrático (um dos eixos do moderno constitucionalismo) criaram uma regra: quem mudar de partido depois da eleição perde o mandato. Isso não estava explícito em nenhum lugar, logo, houve ativismo judicial. De que espécie: inovador ou revelador? Diante dos conceitos acima emitidos, o revelador (do sentido do princípio democrático).

E no caso da demarcação indígena (Raposa Serra do Sol), qual foi o ativismo judicial (naquelas 19 medidas)? Diríamos: bastante revelador mas já se incursionando no inovador. Qual é o problema de todo ativismo judicial? Está no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta. Em que sentido? As decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes

desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar).^[33]

Algumas críticas são dirigidas ao ativismo judicial, especialmente em sua modalidade inovadora, exatamente por permitir, pelo Judiciário, o exercício da função criação do direito, atividade essa reservada ao Poder Legislativo.^[34]

Entre as posições contrárias ao ativismo judicial, destaca-se a de Atahualpa Fernandez:

[...] estou firmemente convencido de que o “ativismo judicial inovador” não deve (o que pressupõe que não pode) ser admitido baixo nenhuma circunstância. Se é certo que a legislação atual tende a ocasionalidade e a confusão, não menos certa é a constatação de que isso não nos permite deduzir que as sociedades modernas pretendam remeter aos magistrados os problemas últimos de seu livre – e por vezes defeituoso – ajuste social.

Diante das críticas e polêmicas que cercam o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso e Luiz Flávio Gomes preocupam-se em estabelecer algumas diferenças entre o ativismo judicial e a judicialização.

A judicialização, no entendimento de Barroso, “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”^[35]

O autor explica que o ativismo ganha espaço em situações de retração do Poder Legislativo, quando se impede que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva: “[...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).”^[36]

Com um posicionamento mais resistente face à prática do ativismo judicial, Luiz Flávio Gomes, afirma que a judicialização é fenômeno que

decorre do modelo de Estado de Direito, expressando que o acesso ao judiciário é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. Já o ativismo judicial retrata uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, concretizando-se quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.^[37]

Ainda, estabelecendo-se tais diferenças, alguns autores visualizam nítida interação entre a judicialização e o ativismo judicial, numa relação de causa e efeito. “A constitucionalização do Direito e a ênfase na efetividade do Texto Fundamental foram fatores determinantes para se ampliar a judicialização no cotidiano.”^[38]

No sentido, Vianna^[39] destaca que o crescente processo de judicialização da política é resultante de uma progressiva apropriação das inovações da Carta por parte da sociedade e de agentes institucionais. Na ótica desses autores, a judicialização representaria o processo mais amplo no qual o ativismo judicial é uma possível característica ou manifestação.

Tanto a judicialização como o ativismo judicial podem ser compreendidos, de um lado, como importantes fenômenos no processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas, por outro, podem ser utilizados dentro da retórica daqueles que não concordam com o posicionamento do Poder Judiciário face às questões que acabam chegando no âmbito judiciário.

Luís Roberto Barroso assim se refere à judicialização e ao ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma

pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Entretanto, é mister ressaltar que ambos os fenômenos possibilitam reflexões no sentido de gerar um diagnóstico do exercício jurisdicional em temas de cunho social, econômico, político e cultural, além de fomentarem o debate acerca de uma possível ofensa à teoria da Separação de Poderes, especialmente no que se refere às funções típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

As reflexões em torno dos dois fenômenos fazem sentido quando pautadas a partir do novo papel atribuído ao Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1988. Nesse cenário, independente dos questionamentos em torno da possível prática de ativismo judicial, é imprescindível perceber que o Poder Judiciário tem procurado encontrar mecanismos para garantir a efetividade de políticas públicas de cunho social.

7.1 AS DIVERSAS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

As críticas ao ativismo residem na questão de que juízes e Tribunais não tem legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelo poder eleito pelo povo.

É daí que surge o contramajoritarismo. O termo *countermajoritarian difficulty* foi utilizado ineditamente por Alexander Bickel, na obra *The least dangerous branch*. Trata-se, em tese, da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos eleitos por eleições

populares. Diante deste raciocínio, o STF não poderia declarar inconstitucionalidade de leis, visto que seus membros não foram eleitos pelo povo.

No contramajoritarismo, há atuação do poder judiciário ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo, ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor.

Alguns exemplos de ativismo encontram-se nas medidas liminares que concedem sejam internações, sejam tratamentos médicos, em hospitais que não possuem vagas, como mostra as jurisprudências colacionadas: Apelação Cível Nº 70031342652, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 31/08/2009; Apelação Cível Nº 70023603905, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 20/08/2009; RE n. 557548/MG, relator o Senhor Ministro CELSO DE MELLO, j. em 08.11.2007, DJ 05.12.2007.

O juiz, juridicamente, decide uma questão de Política Pública. Não é uma questão de cumprimento da lei, mas de destinação correta das verbas públicas ou da falta destas.

Diversos tem sido os limites apontados pelos estudiosos quando analisam a possibilidade de intervenção dos magistrados nos atos normativos que implementam as políticas públicas, entre eles, uma possível intervenção descabida, e portanto antidemocrática, nos critérios subjetivos dos agentes políticos eleitos exatamente para viabilizar as tais políticas de lastro constitucional através de mecanismos eleitos em seus programas governamentais.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro também favorece o ativismo judicial na medida em que permite que todos os tribunais e juízes sejam capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

7.2 O ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A relevância dos direitos sociais reflete-se no que concerne ao estudo de sua efetividade e na discussão acerca da legitimidade democrática do Judiciário em realiza-los.

A doutrina questiona se os direitos sociais são garantias institucionais, ou seja, não são verdadeiros direitos, ou se se pode reconhecer neles a natureza de direitos fundamentais, reconhecendo-os, inclusive como direitos subjetivos públicos[40].

Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso entende que a “efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias”[41], até porque tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social.

Os direitos sociais impõem tanto um papel negativo do Estado, como uma prestação positiva. Os direitos sociais de cunho negativo independem para sua efetivação de circunstâncias econômicas, já os direitos sociais a prestações exigem o dispêndio de recursos, dependendo da conjuntura econômica, devendo ser estes objeto de maior atenção.

José Carlos Vieira de Andrade defende que os direitos sociais ficam limitados à existência de recursos financeiros. A posição do autor demonstra a resistência que se coloca contra a realização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, recursos econômicos e financeiros escassos, como também a questão de que o conteúdo aberto dos direitos sociais só pode ser definido pelos poderes eleitos pelo povo e não pelo Judiciário.

O Judiciário estaria a intervir na esfera de atuação dos demais poderes caso agisse e, assim, num aparente conflito com o princípio da separação dos poderes.

O Poder Judiciário, na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos, por meio do ativismo judicial de interpretação substantiva dos direitos sociais, busca sua realização.

Entende-se que o Judiciário não deve intervir em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. Cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre tal. O Poder Judiciário apenas atua quando chamado,

principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos reivindicam-nos.

8 EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Hélcio Ribeiro, em seu livro “Justiça e Democracia: Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura” tece importantes considerações acerca da situação do Poder Judiciário contemporâneo, contextualizando a questão da judicialização da Política:

A situação do Poder Judiciário no mundo contemporâneo é marcada por um paradoxo. De um lado, percebe-se o crescimento da intervenção da magistratura nos mais diferentes âmbitos da vida social, resultando de múltiplos fatores tais como difusão da proteção dos direitos humanos acompanhada da criação de novos mecanismos processuais de proteção destes direitos, consolidação de diferentes sistemas de controle de constitucionalidade das leis, expansão da legalidade apesar da crise do estado intervencionista, surgimento de novos atores sociais dispostos a transformar o Judiciário em uma arena de reivindicações sociais e econômicas, crescente conflituosidade social, crise do sistema representativo, crise do Estado intervencionista. Todos estes fatores colocaram o Poder Judiciário no primeiro plano das preocupações de setores cada vez mais amplos da população, dos governos, da imprensa e da pesquisa acadêmica. Um dos resultados mais evidentes deste processo é o fenômeno da judicialização da política, marcado pelo confronto cada vez mais freqüente entre tribunais e representantes do governo.

Ao se ampliar o papel do Judiciário na efetivação dos direitos humanos, como já exposto, que por sua natureza, possuem conteúdo aberto, acaba-se por exigir que os juízes interpretem e ditem os valores e conteúdos dos direitos fundamentais, transferindo-se para um Poder não eleito pelo povo, a função de

delimitar os valores escolhidos pela sociedade, e, portanto, em aparente contradição com o princípio democrático.

O papel do Poder Judiciário perpassa necessariamente pela efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente. Esses direitos exigem, pois, uma atuação positiva do Estado e, conseqüentemente, do Poder Judiciário que, ao efetivá-los, ante a ação ou inação dos poderes responsáveis por implementá-los, necessariamente intervém na esfera de atuação desses, determinando-lhes que cumpram o papel que a Constituição lhes reserva.^[42]

É mister ressaltar que, naturalmente, ao ampliar as atribuições do Estado, a Constituição Federal de 1988 também acaba por alargar as atribuições do Poder Judiciário. Esse Poder, além de ser responsável por fazer observar as leis e a Constituição, adquire o dever de intervir na atuação dos demais poderes que não as cumpram.

Para Lênio Luiz Streck, “as inércias do executivo e a falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”^[43]

No entendimento de Bruna Bonfante^[44], a partir de então, a supremacia de que o Poder Legislativo gozava cede espaço ao Poder Judiciário, “que agora emerge como um poder efetivamente igual em poder, com o perdão do jogo de palavras”. Para a autora, as relações entre os três poderes foram sensivelmente afetadas e o Poder Judiciário, agora, afigura-se como o terceiro gigante, capaz de frear os outros poderes com o seu poder.

Assim, o agigantamento do Poder Judiciário é consequência decorrente do Estado Democrático de Direito e necessário, visto que visa consolidar os direitos e garantias fundamentais, o que acaba por desaguar na judicialização, porém, não deve haver a transposição das barreiras das funções dos poderes.

9 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou a judicialização do Direito brasileiro sob a perspectiva da Separação dos três poderes, o Estado Democrático de Direito e as funções do Poder Judiciário.

Nos últimos anos, a função jurisdicional assumiu contornos mais amplos, conferindo à atuação do Poder Judiciário uma nova dimensão. Especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, a crescente necessidade de se preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais impõe ao Poder Judiciário o uso de mecanismos que viabilizem a solução de casos nem sempre passíveis de serem resolvidos pelas leis emanadas pelo Legislativo.

Questiona-se, então, se haveria, no contexto já delineado, o exercício da função de interpretação dos comandos normativos ou o exercício de uma possível função criadora pelo Poder Judiciário, que estaria criando o direito ao decidir questões que extrapolem a lei e outros comandos normativos.

Dessa maneira, percebe-se que a judicialização pode alcançar bons resultados diante da inércia do Legislativo, mas o ativismo judicial, ou seja, a exacerbação do Judiciário, não será legítimo em razão da afronta a separação dos três poderes, em que o Poder Judiciário realiza uma função que não é sua, causando insegurança jurídica.

Destarte, o texto da lei é um limitador objetivo. Não se pode na interpretação de um texto constitucional reescrevê-lo, mas sim fazer uma interpretação criativa. É importante, ainda, mencionarmos a regra da proporcionalidade, possível solução para estabelecer limites à atividade jurisdicional no contexto de agigantamento do Poder Judiciário.

Desta forma, há a análise do que consiste a função jurisdicional na sua perspectiva política e quais os limites de ação deste poder sobre esta ótica, para que se possa garantir a concretização do valor liberdade e da exigência de efetivação da igualdade material que tanto se espera de um Estado Social, mas com a preservação das regras e princípios de um Estado de Direito.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia.*

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2012.

CANOTILHO, 1999, p.95/96.

CLÉVE, Clèmerson Merlin, 1993.

FERNANDEZ, Atahualpa. Ativismo judicial. **Jus Vigilantibus**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/40388/2>. Acesso em: 25 mar. 2012

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de direito administrativo**, v. 1, n. 238, out./dez. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37-41.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2012.

HABERMAS, 2003, p. 68.

LIMA, 2006, p. 188.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, S. Tavares; ROESLER, Cláudia Rosane. Princípios, Constituição e Racionalidade Discursiva. *apud* BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2012.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. Novo perfil do judiciário brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**, ano 17, n. 67, abr./jun. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 163-212, p. 167.

SARMENTO, Daniel. “**O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**” – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum - Instituto Brasileiro IBEC, janeiro/março 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 553.

SILVA RAMOS, Elival da. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, 2009, p. 83 e ss.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 147.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Jânio Nunes. Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Editora JusPODIVM, 2009. Pág. 53.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. Cit., p. 62.

ZIMMERMAN, 2002, p. 64.

NOTAS:

NOTAS:

[1] ADI 1.905, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ, 02.02.2007.

[2] Lima, 2006, p. 188.

[3] O Estado de Direito, pautado na separação dos poderes, implica na redução do ativismo judicial. Sobre este ponto ver o recente trabalho de SILVA RAMOS, Elival da. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, 2009, p. 83 e ss.

[4] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 488.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 488.

[6] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 553.

[7] CLÉVE, Clèmerson Merlin, 1993 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 486.

[8] ROCHA, Luiz Alberto G. S. Novo perfil do judiciário brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**, ano 17, n. 67, abr./jun. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 163-212, p. 167.

[9] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 147.

[10] SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades” – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 9, Belo Horizonte: Ed. Fórum - Instituto Brasileiro IBEC, janeiro/março 2009.

[11] BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[12] BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2012.

[13] PEREIRA, S. Tavares; ROESLER, Cláudia Rosane. Princípios, Constituição e Racionalidade Discursiva. *apud* BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: . Acesso em: 6 out. 2012.

[14] STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 3.

[15] BOBBIO, 1992, p. 100.

[16] CANOTILHO, 1999, p.95/96.

[17] CANOTILHO, 1998.

[18] BONAVIDES, 1999, p. 216.

[19] HABERMAS, 2003, p. 68.

[20] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. Cit., p. 62.

[21] ZIMMERMAN, 2002, p. 64.

[22] VIDAL, Jânio Nunes. Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Editora JusPODIVM, 2009. Pág. 53.

[23] STRECK, *op. Cit.*, p.111.

[24] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 33.

[25] BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. “O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição” – RJ: renovar, 1999 apud MENDES, Gilmar Ferreira “A proporcionalidade já jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

[26] VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 56.

[27] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

[28] SCHLESINGER, Arthur M. *apud* BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9-10.

[29] BARROSO, Luís Roberto *apud* GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2012.

[30] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

[31] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

[32] GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2012.

[33] GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2012.

[34] FERNANDEZ, Atahualpa. Ativismo judicial. **Jus Vigilantibus**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/40388/2>. Acesso em: 25 mar. 2012.

[35] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

[36] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de direito do estado**, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

[37] GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2012.

[38] VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

[39] VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 61.

[40] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*.

[41] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, p. 107.

[42] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de direito administrativo**, v. 1, n. 238, out./dez. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37-41.

[43] STRECK, Lênio Luiz *apud* FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de direito administrativo**, v. 1, n. 238, out./dez. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37-41, p. 39.

[44] BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo**. **Jus Navigandi**,



Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: . Acesso em: 6 jan. 2012.

ACEPÇÕES SOBRE O ACESSO A JUSTIÇA

SAMARA CAROLLYNE NASCIMENTO SANTOS:
Acadêmico do IX Período de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas -AGES.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo o estudo do Acesso a Justiça, deste modo, trazendo como o primeiro preceito a justiça gratuita, que se destaca por um instituto que dá a possibilidade do cidadão de pleitear seus direitos se pagar as custas do processo. Em segundo plano, o conceito de Acesso à Justiça, no terceiro plano, destaca as acepções de Mauro Capelletti sobre o assunto, no tocante a uma breve análise. Por fim as medidas para melhorar o acesso à justiça.

PALAVRAS – CHAVE: Acesso à Justiça; Sistema Jurídico; Justiça Gratuita; Evolução da Justiça; Informatização da Justiça.

INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça é um instituto bastante importante para o sistema jurídico de qualquer sociedade, pois, tal preceito que se funda na aplicabilidade do Acesso à Justiça, funda-se na inclusão dos cidadãos a provocar o judiciário.

Deste modo, surge à importância do estudo sobre o Acesso à Justiça, assim, se estabelece este artigo, no estudo das medidas que determinam a inclusão do cidadão a ter um maior acesso ao pleito de seus direitos, logo, dando a ideia de que a cidadania se estabelece na medida em que os hipossuficientes gozam de medidas que os igualam aqueles que tem poder aquisitivo, ou seja, as pessoas que têm condição de arcar com o custeio do processo.

Ter acesso à justiça é ter o “direito de ter o direito”, neste sentido, é poder provocar a jurisdição, mesmo sem ter possibilidade de arcar com as custas processuais, grande exemplo, é, interpor Queixa em um juizado, sem o benefício da justiça gratuita, logo, mostrando-se inconformado com sentença prolatada, quer interpor recuso, mas, não pode arcar com as custas do preparo do recurso.

Cabe ao juiz deferir ou não a Justiça Gratuita, o Nobre Julgador, tem a função de conceder analisando caso a caso, então, diante de suas conclusões tomadas, profere o benefício ao demandante.

O Acesso à Justiça vai mais além do poder de pleitear seus direitos sem arcar com as custas processuais, esse instituto fornece ao cidadão e ao sistema jurídico, o que podemos chamar de flexibilidade, ou seja, o poder de modernizar o judiciário, de tornar os direitos mais acessíveis, de incluir a sociedade nas discursões jurídicas, sendo no preceito erga omnes, um Pilar que se norteia a partir da ideia de acessibilidade do direito.

I – JUSTIÇA GRATUITA

Tal instituto visa à inclusão do cidadão a justiça, basicamente o cidadão que se encontra impossibilitado de arcar com as custas processuais decorrentes do processo.

A justiça gratuita visa à inclusão do cidadão pobre sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família, como facultado pelos artigos 2º e 4º da Lei Federal nº 1060/50, bem como do artigo 790, parágrafo 3º da CLT e artigo 1º da Lei 7.115/1983.

Tem uma função essencial, pois, determina que o cidadão possa propor a demanda se arcar com o custeio processual, deste modo, determina que o cidadão carente não tenha um abalo em sua renda, fazendo com que o acesso a justiça se torne mais viável através do instituto da Justiça Gratuita.

II – ACESSO À JUSTIÇA

II.1 - CONCEITO

O Acesso à Justiça é um princípio constitucional, deste modo, deve-se ter um maior enfoque sobre tal instituto.

Tal princípio visa melhorar o Acesso do cidadão ao judiciário, como exemplo, podemos citar a Justiça do Trabalho e os Juizados, que visam aplicar um procedimento mais célere com o intuito de proporcionar ao cidadão a resolução dos litígios com maior amplitude e facilidade, *in verbis*:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob

os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. (CAPELLETTI, 2002, p.8)[1].

Contudo, o Acesso à Justiça não se limita ao simples fato de provocar a jurisdição a fim de interpor uma ação com uma maior facilidade, esse princípio fornece uma melhor aplicabilidade do direito tanto para o Autor como para o Réu, em suma, o Acesso à Justiça tem por fundamento flexibilizar a justiça em prol do cidadão, bem como um efeito *erga omnes* sobre toda sociedade, neste sentido conclui-se que:

Acesso à justiça não se identifica, pois com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se ver, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitida a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas, mas para a integralidade do acesso à justiça, é necessário isso e muito mais. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2007, P. 39)[2].

Sendo assim, o acesso à justiça, entende-se com o acesso ao judiciário, que primeiramente esse termo, não traz a verdade real deste princípio pois, o que se almeja é invocar do poder judiciário a tutela e defesa dos direitos do cidadão, que então propõe a ser mediado.

II.II – ACEPÇÃO DE MAURO CAPELLETTI

Constata-se que uma das primeiras tendências voltadas para ao Acesso a Justiça foi à assistência judiciária, mesmo porque existiu maior precisão de um conhecedor do direito em causa do desenvolvimento jurídico, esse que foi se tornando muito mais complexo ao decorrer do tempo.

A primeira onda consistia em proporcionar serviços jurídicos para os pobres, alguns advogados faziam essa caridade, mais outros bem sucedidos e de nomes não aderiram, pois deixavam de ganhar com seus clientes particulares. Muitas reformas foram feitas até os dias atuais, em que se encontra este tipo de acesso só que com remuneração aos advogados.

Ocorram várias reformas na assistência judiciária direcionada aos mais carentes, pois no início essa prática era muito carente e precária.

O sistema *judicare* foi o maior progresso tido pelos avanços das reformas da assistência judiciária, tal modelo foi utilizado pelos países ocidentais com a tentativa de prestar uma melhor assistência. Esse sistema gozava da utilização de advogados que eram financiados pelo poder público, tendo então uma finalidade bastante simples, tornar o acesso ao judiciário igualitário.

Problemas ocorreram com a utilização desse sistema, pois os advogados só defendiam seus interesses individuais e isso fazia com que a população ficasse mais ignorante com relação aos direitos e ações a favor dos pobres.

No Brasil, faz-se necessária uma grande mudança, pois o número de pessoas abaixo da linha da pobreza é muito grande, sendo defasado o acesso voltado ao judiciário.

O acesso à justiça é resguardado por nossa Constituição Federal, fazendo parte do rol das garantias constitucionais, artigo 5º inciso LXXIV, dizendo que o Estado terá que presta assistência jurídica integral e gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recurso.

Na segunda onda, pode-se destacar a representação dos direitos difusos. Direitos difusos são direitos que não apresentam apenas um titular de direito identificado, são direitos que pertencem a várias pessoas ou vários titulares, são direitos reivindicados por um grupo de pessoas que buscam interesses com a mesma finalidade.

A assistência judiciária gratuita é um instituto que possibilitou que a sociedade gozasse de um preceito que se baseia na aplicabilidade da cidadania e dos direitos constitucionais, no entanto ela teve um mero efeito paliativo a ponto de não surtir efeitos para os direitos difusos, pois a assistência se objetivou nos direitos individuais. Em que podemos ver a concepção tradicional do Processo Civil que não existia espaço para a proteção dos direitos difusos, então o processo ou a LIDE eram vistos como apenas assuntos entre as partes.

Contudo com o desenvolvimento desenfreado da sociedade e com o problema das relações humanas, grupos sociais lutaram pela proteção judicial dos direitos coletivos, na tentativa de concretizar um maior respeito aos direitos coletivos e individuais em relação ao convívio social. Então, para ter uma alteração no ordenamento jurídico seria necessário que ocorressem algumas mudanças como o surgimento de precedentes jurisprudenciais em primeiro momento e a transformação do papel do magistrado em relação à aplicação de políticas públicas, num segundo momento.

Com isso a responsabilidade da proteção desses direitos ficaria a par das instituições estatais. É importante destacar que muitas vezes esses direitos vão contra o Estado, o que faz com que ocorra uma pressão para a não haver uma reivindicação. E para agravar mais ainda, muitas vezes a luta pelos direitos além de ser contra o estado, são também contra empresas de grande porte, que apresentam uma estrutura muito mais elaborada.

A terceira onda, do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla do acesso à justiça, pode-se destacar como foi de se observar nas outras ondas, que a assistência judiciária e a representação para os interesses difusos foram pressupostos iniciais para transparecer uma era de mudanças no ordenamento jurídico em prol do acesso a justiça.

Neste sentido:

(...)Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso- a primeira “onda” desse movimento novo- foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica parra os interesses “difusos” especialmente nas áreas de proteção e do meio ambiental do consumidor; e o terceiro -e mais recente- é o que nos propomos a chamar simplesmente “ enfoque de acesso a justiça”(...) (CAPELLETII, 2002, p.16).

Novas possibilidades do acesso à justiça é a transformação no próprio processo em si, apresentam uma estrutura muito dinâmica que causa morosidade, sendo preciso então desenvolver métodos processuais mais simplificados, como acontece nos Juizados Especiais. Retomar institutos antigos como arbitragem,

conciliação e mediação. Então, a terceira onda busca uma forma mais eficaz de tornar o acesso à justiça mais disponível a todos.

III – MEDIDAS PARA MELHORAR O ACESSO A JUSTIÇA

Diante da evolução da nossa sociedade, essa que se segue da globalização, surgiram novos métodos que modernizaram a justiça a partir da informática.

Deste modo, passaram-se de peças manuscritas, protocolos em que se levavam carimbos, tudo feito manualmente para o uso do computador.

Tal modernização deu um maior embalo à justiça, tornando mais acessível ao cidadão e criando uma funcionalidade melhor no judiciário.

Criações como o E-DOC, PJE, E-SAJ tornaram o processo mais acessível e com um melhor manuseio. A interação que esses sistemas proporcionam, permitem uma quebra de fronteiras, facilitando a vida do jurista e dando agilidade ao processo.

Outro ponto é a facilidade de propor novas demandas, dando uma maior facilidade ao exercício da advocacia, bem como do judiciário. A informatização da justiça, determina não só a agilidade processual, mas também uma economia de tempo e dinheiro, esta que beneficia todas aquelas que recorrem a justiça.

CONCLUSÃO

Diante da narrativa estabelecida a partir dos preceitos que fundam o amplo conceito do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, destaca-se que grandes foram os avanços da sociedade a partir deste instituto, determinando um bônus em relação as garantias constitucionais que se baseiam no fortalecimento do poder do cidadão a pleitear seus direitos.

Neste prisma, cumpre-se ressaltar que o Acesso à Justiça é bastante importante para nossa sociedade, pois fornece ao Ordenamento Jurídico a ideia de equidade, da inclusão do mais frágil ao compor um litígio.

Assim, por conseguinte, denota-se a veracidade do Acesso à Justiça em relação aos meios de inclusão social, pois todo cidadão tem o direito do Acesso ao

judiciário, e o direito de compor um litígio, de participar da LIDE, dos resultados pecuniários da sentença.

Conclui-se que o Acesso à Justiça é indispensável para nossa sociedade, determinando-se como uma prática que visa o bem de todos, mostrando uma resposta de equidade pautada no fortalecimento da cidadania.

REFERENCIAS

CAPPELETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.8..

DINAMARCO, Cândido Rangel; **CINTRA**, Antônio Carlos Araújo; **GRINOVER**, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOTAS:

[1] **CAPPELETTI**, Mauro; **GARTH**, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.8..

[2] **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **CINTRA**, Antônio Carlos Araújo; **GRINOVER**, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.39.

O DIREITO À PRIVACIDADE NO MUNDO VIRTUAL: DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE.

MURIEL ANGELO RODRIGUES VILALVA: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Brasil do campus de Fernandópolis-SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA (Orientador)

RESUMO: Será abordado neste trabalho de pesquisa e interpretação jurídica o grande alcance do direito fundamental quando se tratar da privacidade no momento atual que se encontra a sociedade, evidenciando a intenção de identificar através dos novos conhecimentos alcançados ao longo da pesquisa. O direito de preservar uma tutela quanto a vida privada, deixa de existir tão somente no ambiente real, como era de conhecimento a tempos atrás, e agora passa a ser visto na era digital, no mundo virtual, e quando o assunto é tecnologia, novos tempos, inovação digital, a norma jurídica acaba encontrando uma dificuldade e um desafio a frente, para cumprir com a garantia fundamental ao homem de ter a sua privacidade protegida. Com objetivo de transpor de maneira objetiva assuntos extremamente atuais, relacionados ao uso da internet. Esta tem sido instrumento de imensa importância na obtenção de conhecimento em tempos em que a comunicação entre pessoas distantes é tão acessível, na mesma medida em que é descomplicado ser exposto ou roubado no espaço virtual

Palavra Chave: privacidade, direito fundamental, crime na internet, mundo virtual, tipicidade

ABSTRACT: It will be approached in this work of legal research and interpretation the great scope of the fundamental right when dealing with privacy in the current moment that the society is, evidencing the intention to identify through the new knowledge reached throughout the research. The right to preserve a guardianship over private life ceases to exist only in the real environment, as was known a long time ago, and is now seen in the digital age, in the virtual world, and when it comes to technology, new Times, digital innovation, legal normal ends up finding a difficulty and a challenge ahead, to comply with the fundamental guarantee that

man gives you your protected privacy. With the objective of objectively transposing extremely current issues related to the use of the Internet. This has been an immensely important instrument in gaining knowledge in times when communication between distant people is as accessible, as it is uncomplicated to be exposed or stolen in virtual space

Keyword: privacy, fundamental right, internet crime, virtual world, typicality

1 INTRODUÇÃO

A internet transformou de uma forma mais do que inovadora os meios de se comunicar e o amplo acesso à informação, proporcionando assim uma vasta interação entre os indivíduos de várias partes do mundo, bastando somente o acesso à internet, seja por qualquer tipo de aparelho, e vale ressaltar também o compartilhamento em grande escala de dados e informações com extrema facilidade e rapidez. Dessa maneira vale pensar como se existisse uma linha diferenciando o direito da liberdade de expressão e a privacidade, se alguém ultrapasse a linha da privacidade?

Por isso se faz a luz do princípio da proporcionalidade, para que o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade coexistam de forma harmônica.

A rede virtual foi democratizada para que todas as pessoas tivessem acesso a esse mecanismo, que revolucionou o mundo, mas entretanto por essa mesma razão que se faz responsável por nascer um grande grupo de usuários da rede de comunicação, que somente visam divulgar conteúdo de maneira totalmente independente e, muitas vezes, despreocupada com a veracidade das informações que ali circulam. E até mesmo despreocupados com a privacidade de cada um que está ali sendo exposto. A maioria ainda leiga no acesso a essas informações, muitas vezes vale do pensamento de que ninguém será punido, ou responsabilizado por atos praticados no mundo digital. Atacando e violando o direito à privacidade que deveria ser tutelado pelo Estado como sendo um direito fundamental atingindo a todos.

Em conformidade com o artigo 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É partindo dessa razão do pretexto acima é que o sistema jurídico brasileiro determinou a chamada “teoria da responsabilidade civil”, onde se exige, para a responsabilização de determinado agente, a presença simultânea de três requisitos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexó de causalidade.

Quanto a definição dos direitos de personalidade, bem como do direito como um todo, obedece/recebe interferências externas de inúmeras coisas, dentre as quais o avanço tecnológico. Nesse norte, os direitos de personalidade evoluíram e ganharam maior sistematização à medida que o ser humano passou a ser valorizado como centro e fundamento do ordenamento jurídico e não somente como seu destinatário

Desse modo o Estado atua de maneira progressiva, evoluindo e produzindo as reformas essenciais que vão surgindo para a melhor ordenação da sociedade. É contestado como uma forma de recomendação para melhor resolver esta problematização encontrada ao longo do trabalho, que seria recomendado para as pessoas tomar mais cautela ao fazer uso de dados na internet, ou compartilhar informações pessoais, diante disso uma vez expostos, não poderão ser retirados totalmente de circulação de um modo eficaz e completo da rede virtual. Aqueles que acarretam qualquer tipo de prejuízos às vítimas têm o dever de serem responsabilizadas para que possam indenizá-las por dano material ou moral. Apesar disso agir com cautela e se precavendo, ainda é a mais adequada das soluções, com tudo é dessa maneira que se consegue evitar um trauma pessoal ou a vinda de problemas para a vida da vítima

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE PRIVACIDADE E INTERNET

Conforme a ideia de Celso Ribeiro Bastos com uma definição de privacidade, contribui para o estudo, diante do que julga ser inevitável para o entendimento mais claro:

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim

como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (BASTOS, 1999, p. 55-56).

Mas o autor José Sarpa, parece não compartilhar da mesma linha de pensamento, pois traz uma definição complexa quanto o que é privacidade, pelo motivo de que a sociedade está em constantes mudanças e adequações, que segue:

Um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primordialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malévola alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares. (SARPA, 1987, p.55)

O direito à privacidade é de exorbitante relevância e a proteção aos indivíduos deve ser formulada através do Direito. Conforme a lei maior do nosso ordenamento jurídico, consta, em seu artigo 5º o inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais, como o próprio nome já diz, definem o que é imprescindível para uma convivência harmônica perante a sociedade, a imagem, honra e moral também fazem parte desse direito fundamental, e todas essas concepções fazem parte na existência do ser humano como objeto de direito, que são invioláveis.

Assim como no Código Penal Brasileiro são expostas penalidades diante do descumprimento da norma. Crimes contra a honra se inserem nos artigos 138 a 140, além da violação de correspondência, comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica previstas no artigo 151; divulgação de segredos, artigo 153 e violação do segredo profissional, artigo 154. Por outro

lado no Livro do Código Civil tema é tratado no capítulo que diz respeito aos direitos de personalidade, por essa razão que alguns conceitos são propensos a diversas manifestações de amplitude em seu significado. Silva ressalta sobre o assunto:

“Integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades de foro moral e íntimo do indivíduo” (SILVA, 2011, p.208). Segundo o mesmo autor, a Constituição considera vida privada de maneira mais ampla em relação ao conceito citado de privacidade, entendida como o “conjunto de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida” (SILVA, 2011, p.208).

É mais do que evidente o quanto o desenvolvimento tecnológico nos últimos 20 anos no Brasil, foi em grandes proporções, com a rede de internet atual, os usuários podem se interagir uns com os outros de diferentes lugares do mundo por meio de um simples toque, observando-se assim uma facilidade de comunicação. Decorrente dessa capacidade, o direito é obrigado a se adequar às novas transformações, visto que em 1988, quando a Constituição Federal foi colocada em vigor, ainda não existiam as situações provenientes do uso da internet. As leis do Brasil se dispõem a atender as necessidades humanas, disciplinando-as, para evitar que dessa forma, o mundo vire um lugar desordenado e sem regras, com limites insuficientes.

Por outro lado é um árduo trabalho de criação de legislações que acompanhem a constante evolução da internet, atendendo aos pedidos e demandas que surgem, por ser tudo muito instantâneo. Atualmente na web, tudo pode ser feito: transações bancárias, compartilhamento de arquivos, postagem de fotos, comunicação em segundos com alguém que se encontra do outro lado do mundo, e várias outras atividades. Diante de inúmeros benefícios, advêm também desafios. Uma vez lançado algo na rede, jamais será possível reaver o que foi exposto, já que pessoas podem salvar em seus computadores e compartilhar entre os outros usuários

Assim como as vantagens, também a presença das desvantagens, observa-se pela obtenção indevida de informações pessoais, que poderão

ser usadas eventualmente para fins fraudulentos; grande violação da privacidade; e ainda a comercialização das informações obtidas.

Essas Informações uma vez cruzadas, possibilidade a formação de um grande banco de dados virtual sobre cada pessoa. Outrossim, indivíduos de má índole podem usar seu conhecimento sobre tecnologia de forma prejudicial em relação às demais pessoas, criando artifícios como vírus e programas que se instalam em computadores, com a finalidade de roubar informações importantes, ter acesso à conta bancária, entre outros.

Em 2014 foi sancionado O Marco Civil da Internet, LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014, onde se explica o objetivo no primeiro artigo: “Esta lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios em relação à matéria.” Conforme artigo 5º, inciso VI: “Registro de conexão – conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, duração e o endereço de IP utilizado pelo terminal para envio e recebimento de pacote de dados”.

O objetivo maior é saber a identidade do autor de determinado delito através do IP (Internet Protocol) e dos dados obrigatoriamente fornecidos a partir deste inciso, pois é necessário que o indivíduo responda pela transgressão, em caso de sua ocorrência.

Por uma vez o governo brasileiro conseguiu invadir algumas redes sociais para tentar descobrir onde manifestações se dariam e de que meios usariam para se manifestarem. Observa-se aqui a segurança passando por cima da privacidade. O problema é que não há uma definição do limite até o qual essa atitude invasiva é correta, principalmente nesse caso dado, já que a manifestação era contra o governo e a atitude deste criou uma ideia de estar sempre um passo à frente da população, dando uma característica pejorativa àqueles que estavam em desacordo com os acontecimentos atuais. Outro grande exemplo onde a privacidade é violada em prol ao bem comum da sociedade, foi um caso isolado, onde até o governo dos Estados Unidos invadiu as informações do e-mail da presidente do Brasil, Dilma Rousseff, gerando muita polêmica. Sobre esse tema controverso, Patrícia Peck Pinheiro faz a seguinte observação:

É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. No entanto, não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, a hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Neste caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso. (PINHEIRO, 2010, p.85)

Na carta Magda também explica a liberdade de informação conforme o artigo 5º, inciso XIV, constando o seguinte: *“É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”*

No campo da privacidade e o limite da liberdade de expressão existe demasiada delicadeza, exigindo um grande esforço para manter uma associação harmônica entre ambos. Há casos em que uma pessoa de figura pública toma determinadas atitudes em um local aberto, é fotografada e processa a imprensa por invasão de privacidade; além de análogos acontecimentos em que um programa de humor faz menção a determinado indivíduo de maneira vexatória; outros em que o jornalista cria polêmica diante de uma foto tirada em momento de distração, até inventando fatos. Há consideráveis fatos explicativos que podem ser lembrados e citados onde correm na justiça, pela falta de boa-fé de jornalistas ou de bom senso. Portanto, percebe-se direito brasileiro tem buscado seu aperfeiçoamento quanto à temática, porém ainda serão necessários outros avanços para uma regulamentação mais vasta e efetiva, de forma a salvaguardar plenamente os direitos fundamentais. Parafraseando Francisco Eduardo de Albuquerque:

Vê-se, pois, claramente que a preocupação desde sempre existente no tocante à preservação dos direitos inerentes à personalidade do indivíduo no Brasil ao menos em planos positivos, deveria evoluir seus institutos buscando mecanismos que tornassem efetiva está tutela no mundo dito globalizado, na sociedade da informação na qual, dados os

crescentes avanços tecnológicos, cada vez se torna mais fácil e menos complexa a violação da privacidade, da vida privada e da comunicação ou correspondência, principalmente se considerarmos as novas modalidades de comunicação trazidas com a informatização e com o advento, sobretudo, da Internet, que tornou civil e em âmbito mundial a comunicação por meio do emprego de correios eletrônicos. (PIRES. PIZZOLANTE, 2002, p. 160).

Vale ressaltar também que um dos mais famosos e lembrados casos que aconteceu no Brasil foi o caso da famosa atriz Carolina Dieckmann que em 2011 teve seu computador invadido, e 36 imagens pessoais íntimas, foram roubadas e publicadas em redes sociais. A atriz sofreu chantagem dos supostos criminosos, que não foram condenados, pois na época, a atitude invasiva ainda não era considerada crime, mas somente a chantagem. Após o fato de grande repercussão, foi criada então finalmente criada a lei popularmente conhecida como Carolina Dieckmann, Lei 12.737/12, que responsabiliza e condena a invasão da privacidade por mecanismos de informática, especificamente por meios tecnológicos, tal como também destruir, alterar ou instalar vulnerabilidades e até obter vantagens ilícitas. Somente por essa lei que acrescentou-se ao Código Penal Brasileiro os artigos 154-A e 154-B de suma importância o âmbito jurídico, um pequeno avanço.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (BRASIL, Lei 12.737, 2012)

Estes artigos preveem três infrações sendo a primeira é a invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. A segunda é interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública. E a última é falsificação de documento particular/cartão. Conclui-se então que com base nesta lei em estudo, o grande começo das mudanças eficaz no ordenamento do Brasil, com o propósito de tentar satisfazer as grandes mudanças progressivas da sociedade.

3 A PRIVACIDADE DE QUEM EXPÕE SUAS INFORMAÇÕES PESSOAIS

Nos exemplos citados que aconteceram no Brasil não faz tanto tempo assim, nos faz perceber que a privacidade é um tema polemizado, onde a Declaração dos Direitos Humanos da ONU conforme seu artigo 12 estabelece a proibição da a violação da privacidade dos cidadãos, que segue: Artigo XII: Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Assim como a Constituição Federal também elenca, como já foi citado. O que para alguns pode ser violação de privacidade, para outros pode ser violação de segurança e até prejuízo financeiro, causando danos, pois nem todos são iguais, pela razão de que as pessoas em diferentes momentos, tem suas preferências sobre o aspecto de informações pessoais, e a quem tem acesso a elas.

De acordo com Ronaldo Lemos um advogado, professor e pesquisador, especialista no tema, principalmente atento em tecnologia, mídia, propriedade intelectual, ele também foi um dos idealizadores do Marco Civil, sustenta que vivemos na Era da Transparência, na qual todos expõem suas privacidades nas redes sociais através de fotos, localização, gostos e preferências. Ao postarem essas informações, as redes sociais montam uma espécie de “biografia não autorizada” dos usuários, que nem imaginam o quanto de informação deles circula na rede.

Um grande exemplo de violação de privacidade muito comum é o furto e a postagem de fotos íntimas de mulheres na internet, principalmente de celebridades, o caso fica ainda mais grave e deve mais atenção, quando o caso é com crianças e adolescentes. Existem casos que já aconteceram pelo mundo inteiro como o recente escândalo de um estudante austríaco, Max Schrems, que mandou um email para o Facebook pedindo um relatório de todas as informações dele arquivadas na rede social, e recebeu um arquivo de 1200 páginas detalhando suas informações pessoais, isso comprova como as informações pessoais estão vulneráveis e de fácil acesso.

A “revenge porn” em português chamado de “pornográfica de vingança” é um ato onde na postagem de vídeos de casais tendo relações sexuais na internet ou no aplicativo Whatsapp. Este ato ficou conhecido com esse nome porque geralmente o autor do crime (postagem) tem por objetivo causar dano publicando o vídeo abertamente, e exposto o(a) ex-companheiro(a) que não mais se relaciona com o mesmo, por esta razão o termo ‘vingança’. O grande problema para o controle desses vídeos é que até que o caso seja levado na justiça e juiz determine a retirada do vídeo da rede, ele já se tornou viral. No caso do aplicativo Whatsapp é bem pior, uma vez que exigiria o recolhimento de todos os celulares, o que se torna quase impossível.

A fim de prevenir que casos como os citados acima aconteçam, o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), que é um dos serviços prestados para a comunidade Internet do Brasil pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), o braço executivo do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) produziram uma Cartilha de Segurança para Internet é um documento com recomendações e dicas sobre como o usuário de Internet deve se comportar para aumentar a sua segurança e se proteger de possíveis ameaças, observa sete cuidados que deve-se ter com a rede. Sendo eles:

“Preserve a sua privacidade, seja cuidadoso ao fornecer a sua localização, respeite a privacidade alheia, previna-se contra códigos maliciosos e phishing, proteja o seu perfil, proteja sua vida profissional e proteja seus filhos. Lembre-se que a rede é um espaço público e as pessoas têm acesso a tudo que você posta”.

Concluindo que é importante que os próprios usuários das redes virtuais estes cuidados, como ser cautelosos ao conversar com estranhos ou fazer novos amigos, não deixar o computador aberto, facilitando o acesso de terceiros, não copiar conteúdo alheio sem citar o autor, pois isso é caracterizado como crime e, ainda, pensar antes de compartilhar alguma informação, principalmente, se for pessoal ou sobre a sua rotina.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITO A PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Os institutos da eficácia e efetividade são visto como sinônimos, por terem significados parecidos, em resumo estabelece Vladimir Brega Filho (2002. p. 56.) de que apresenta a ideia de não se pode admitir a existência de normas constitucionais sem eficácia, pois isto equivaleria à fraude da Constituição, violando o desejo do constituinte e conseqüentemente do povo, as quais aquele representa e tenta conceber as necessidades.

O direito à privacidade se alongou para o campo virtual após o surgimento da internet gerando novas incitações jurídicas, como pode ser observado e esclarecido por Matheus Fedato, na sua afirmação:

O direito de manter a proteção da vida privada ultrapassa o ambiente real, estendendo-se ao meio digital, este, entretanto, com uma dificuldade extremamente maior em efetivar todas as garantias intrínsecas ao homem e suas relações, uma vez que as divergências geradas neste âmbito caracterizam grandes desafios para o Direito que nem sempre possui meios específicos para acompanhar os avanços tecnológicos e dirimir os conflitos, o que põe em risco, então, a efetividade e a aplicabilidade do bem jurídico tutelado. (FEDATO, 2013, 2009-2026).

O direito tem o dever imprescindível de trazer as pessoas segurança e bem estar de modo que se organizem a cumprimento de normas com caráter efetivo, para que, diante do abuso ou desrespeito dos direitos fundamentais, aplique-se a sanção adequada e o autor se responsabiliza e ressarcir a vítima.

Os danos psicológicos surgem após divulgação de fotos íntimas na internet ou arquivos de grande importância por exemplo, e esse dano não podem ser restituídos, já que acarreta em traumas, obstruções familiares e pessoais, levando a uma devastação do indivíduo, mas o Direito busca reparar o que estiver ao seu alcance, de forma a se fazer reparar de maneira sólida e completa, mesmo em casos mais complexos e dificultosos. Assim como ressalta José Afonso que *“a inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores do poder”* (SILVA, 2011, p.206).

Na vida real, por conta do grande desenvolvimento tecnológico e à internet, se deu conta de que existe uma grandiosa facilidade de comunicação e acesso à informação, o que nos trouxe inúmeros benefícios em nossa vida cotidiana. Por outro lado, com o mesmo avanço e suas vantagens, também surgiram diversos malefícios, como a elevação de furto de dados, o aumento de ameaças ao direito à privacidade e ofensas na internet, configurando calúnia, injúria ou difamação e ferindo a honra da vítima. Conforme José Afonso da Silva alerta:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendam a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento. (SILVA, 2012, p. 209-210).

Na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXII e concedido está previsto o instituto do habeas data *“a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;”* e também *“b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”* se mostra como uma forma de proteção da intimidade dos indivíduos contra abuso do uso de seus dados pessoais ou falsos para fins ilegais. (SILVA, 2012, p. 453) Ainda ademais Alexandre de Moraes explica:

O habeas data é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objetivo a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais. (MORAIS, 2008, p. 141).

Além disso, estes atos praticados na internet que acabam por ferir os direitos fundamentais, especificamente quanto à privacidade, têm consequências jurídicas. Geram o dever de indenizar pelo dano moral ou material causado, conforme preleciona o Artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, transcrito anteriormente.

O avanço do ciberespaço se mostra um desafio à realização dos direitos fundamentais, sendo esta imprescindível à manutenção de um grande Estado democrático “e a própria legitimidade desse Estado depende do seu compromisso e empenho para proceder a essa realização” (GALINDO, 2003, p. 22). Por isso, não é só importante, mas também necessário que o Direito esteja atento às mudanças sociais e se adapte a elas, para continuar atuando efetivamente na regulação da vida em sociedade e garantindo o bem comum.

5 CONCLUSÃO

No Direito brasileiro é imprescindível para a sociedade ter a percepção de estarem totalmente seguras, sendo o dever do Estado, mas por outro lado parece ser mais uma utopia do que realidade vivenciada, por culpa de indivíduos praticando atos ilícitos, descumprindo e desrespeitando as normas, violando o direito à privacidade, então deveria ser aplicado uma sanção aos mesmo.

O direito à privacidade começou a ser violado com maior frequência e gravidade a algum tempo, ressaltando também que é quase impossível ter a certeza absoluta que se consiga realizar a retirada de qualquer conteúdo já espalhado na internet. O advento da internet revolucionou as formas de comunicação e o acesso à informação, permitindo a interação em tempo real

entre pessoas de diversas partes do mundo e o compartilhamento de dados com extrema facilidade e rapidez. Este acontecimento, assim como qualquer outro fenômeno social, produz consequências no âmbito do direito.

A internet veio para beneficiar a vida da população que faz uso da mesma, tornando a vida mais prática, ágil, e comunicativa com vasto acesso a informação rápida, esses são alguns exemplos dos benefícios trazidos, mas no entanto não nos conduziu somente ao avanço benéfico, mas também como toda relação em sociedade, surgem os conflitos, elevando os furtos de informações sigilosas, ameaças e constrangimento ferindo assim o direito de privacidade. Várias informações podem ser cruzadas, formando assim um imenso banco de dados sobre as pessoas. Além disso, indivíduos de má índole podem usar seu conhecimento sobre tecnologia de forma prejudicial em relação às demais pessoas, criando artifícios como vírus e programas que se instalam em computadores, com a finalidade de roubar informações importantes, ter acesso à conta bancária, entre outros.

6 REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. _____. *Lei Carolina Dieckmann*, Lei nº 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. _____. *Código Civil*, Lei nº 10.406

<http://cartilha.cert.br/sobre/>

O INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM EXAME: PRIMEIRAS REFLEXÕES

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 concessão encontra expressa referência no Texto Constitucional, respaldando-se no artigo 175 que dicciona, com clareza ofuscante, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Em linhas conceituais, é possível descrever a concessão do serviço público é o contrato administrativo por meio do qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado, de maneira adequada, mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada. Neste sentido, o escopo do presente está assentado em promover uma análise acerca dos aspectos caracterizadores do instituto da concessão, bem como das modalidades concessão de serviços públicos simples e a concessão de serviço pública precedida da execução de obra pública – também nominada de concessão de obra pública, pela doutrina.

Palavras-chave: Administração Pública. Concessão. Serviços Públicos.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios; 2 Concessão de Serviço Público Simples; 3 Concessão de Serviço Público Precedida da Execução de Obra Pública; 4 Natureza

Jurídica; 5 Distinção entre Concessão e Permissão; 6 Prazo da Concessão; 7 Intervenção na Concessão

1 Comentários Introdutórios

A concessão encontra expressa referência no Texto Constitucional, respaldando-se no artigo 175 que diciona, com clareza ofuscante, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”[1]. Com efeito, Carvalho Filho vai afirmar que o texto é claro no que concerne à prestação dos serviços públicos, instituindo uma alternativa para o exercício dessa atividade, a saber: atuação direta pela Administração ou a atuação descentralizada, por meio das concessões e permissões[2]. Em sede infraconstitucional, o instituto da concessão de serviços públicos, cuida mencionar que a Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências[3].

Em linhas conceituais, é possível descrever, de acordo com Diógenes Gasparini[4], a concessão do serviço público é o contrato administrativo por meio do qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado, de maneira adequada, mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada. Em seu escólio, Hely Lopes Meirelles[5] vai discorrer que a concessão consiste na delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. Logo, o contrato de concessão é pactuado nos termos do Direito Administrativo, sendo bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Convém, diante de tais aspectos caracterizadores, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995[6], que a concessão só pode ser pactuada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Assim, por dicção contrária do artigo 2º, incisos II e III, a concessão não será pactuada com pessoa natural.

Meirelles[7], ainda, vai sustentar que é um acordo administrativo – e não um ato unilateral da Administração Pública –, com a presença de vantagens e encargos recíprocos, no qual são estabelecidas as condições de prestação do serviço, considerando-se o interesse coletivo na sua obtenção e as condições

peçoais de quem se propõe à execução por delegação do poder concedente. Ora, tratando-se de contrato administrativo, está condicionado a todas as imposições da Administração necessária à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação. Com destaque, a concessão não acarreta a transferência da propriedade ao concessionário pelo poder concedente^[8] nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública.

Meirelles^[9], ainda, vai aduzir que a concessão consiste apenas na delegação da execução do serviço público, nos limites e condições legais ou contratuais, estando, a todo tempo, sujeito à regulamentação e à fiscalização do concedente. Nesta trilha, como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, logo, o poder concedente nunca se despoja do direito de promover a exploração, direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Em tais condições, o poder concedente permanece com a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da vigência do contrato de concessão, retomar o serviço concedido, mediante adimplemento de indenização, ao concessionário, dos lucros cessante e danos emergentes advindos da encampação. É digno de nota que as indenizações, na materialização de tal hipótese, serão as previstas no contrato ou, caso omissis, as que foram apuradas amigável ou judicialmente.

Ao lado disso, a concessão, a rigor, deve ser conferida sem exclusividade, com o escopo de propiciar, sempre que possível, a competição entre os interessados, favorecendo, desta sorte, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas. Por seu turno, porém, o artigo 16 da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995^[10], irá afixar a hipótese de concessão com exclusividade, a saber: quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, desde que, previamente, haja justificativa. “A atividade do concessionário é atividade privada, e assim será exercida, quer no tocante à prestação do serviço, quer no que entende com o seu pessoal” ^[11], como explana Meirelles.

Ao lado disso, apenas para os fins expressamente assinalados em lei ou no contrato é que são equiparados os concessionários a autoridades públicas, estando, portanto, os seus atos sujeitos a mandado de segurança e demais ações cabíveis. No que atina às relações com o público, o concessionário fica atrelado à observância do regulamento e do contrato, que podem afixar direitos e deveres

também para os usuários, além dos já cominados em legislação, para defesa dos quais dispõe o particular de todos os mecanismos judiciais comuns, em especial a via cominatória, para reclamar a prestação do serviço nas condições em que o concessionário se comprometeu a prestá-lo aos interessados. Findando o prazo do contrato de concessão, o concessionário deve reverter, ao poder concedente, os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, nas condições estabelecidas previamente no contrato.

2 Concessão de Serviço Público Simples

Ao se qualificar a concessão de serviço público como *simples*, distingue-se de modalidade diversa (a ser esmiuçada no item “3” do presente) que o Estado, também, delega a construção da obra pública. Em harmonia com o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995^[12], entende-se a modalidade em comento como a concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Carvalho Filho^[13], ainda, vai destacar que, em decorrência dos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Contudo, esse decide transferir a execução para particulares, sob o estabelecimento de fiscalização, nos termos capitulados no *caput* do artigo 3º da legislação supramencionada^[14].

Ademais, como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes incumbirá o ônus de remunerá-lo em prol do executor. Ao lado do exposto, conquanto haja uma relação principal que vincula concedente ao concessionário, há outros liames existentes nesse negócio típico de direito público, responsável, também, pela caracterização de situações jurídicas aptas para estabelecer um caráter triangular. Ora, se de um lado o negócio principia pelo ajuste entre o Poder Público e o concessionário, dele advêm outras relações jurídicas, como as responsáveis por vincular o concedente ao usuário e este ao concessionário, como aduz Carvalho Filho^[15] em suas ponderações.

Prosseguindo no exame da modalidade em comento, é interessante frisar que o objeto da concessão simples pode ser analisado a partir de dois aspectos distintos, quais sejam: mediato e imediato. De maneira mediata, a

modalidade significa a vontade administrativa de gerir, em âmbito descentralizado, determinado serviço público, alicerçado na necessidade de agilizar a atividade, conferindo maior celeridade na execução e melhoria no atendimento aos indivíduos que a solicitam. O objeto imediato, por seu turno, é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade. Neste passo, a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, sujeitou ao regime da Lei nº 8.987/1995, os seguintes serviços públicos federais:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da [Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

I - [\(VETADO\)](#)

II - [\(VETADO\)](#)

III - [\(VETADO\)](#)

IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;

V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas;

VII - os serviços postais[\[16\]](#).

Em alinhamento ao acima, o artigo 2º da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995[\[17\]](#), vai excluir da necessidade de contratar a concessão em algumas atividades de transporte, como as de transporte de cargas por meio rodoviário; aquaviário de passageiros, desde que não realizado entre portos organizados; rodoviários e aquaviário de pessoas, realizados por empresas de turismo no exercício da respectiva atividade; e transporte de pessoas, realizado de forma privativa, por organizações públicas ou privadas, mesmo de maneira regular.

Denota-se, assim, no que concerne ao objeto, que há, primeiramente, uma diretriz administrativa pela qual se constata a conveniência da concessão; posteriormente, ajusta-se o contrato para alcançar os fins almejados.

3 Concessão de Serviço Público Precedida da Execução de Obra Pública

Além da modalidade de concessão de serviço público simples, a legislação de regência, ainda, instituiu outra modalidade, doutrinariamente denominada de *concessão de obra pública* ou, ainda, legalmente chamada como *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*, cuja acepção se apresenta mais técnica. Neste passo, o inciso III do artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995^[18], conceitua a modalidade em exame como a concessão que visa a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Na modalidade de concessão em destaque, o Estado pretende livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, remanescendo todo o investimento ao concessionário. Ora, como esse investe vultuosos recursos na execução da obra, é permitida a exploração, com o escopo de recuperar o montante investido. De outro ângulo, a coletividade se beneficia da obra e o Estado, após o prazo de concessão, assume sua exploração, podendo, ou não, promover a transferência novamente, se for de sua conveniência. Carvalho Filho^[19], ao examinar as nominatas estabelecidas na legislação em comento e na doutrina, leciona que a expressão *concessão de obra pública* denota que o Poder Público *transfere* ou *concedia* uma obra pública, o que não ocorre em tal negócio jurídico. Com destaque, a obra não pode ser tecnicamente concedida, porquanto o quê o Estado concede é a atividade, isto é, o serviço, autorizando, para tanto, o concessionário a executar obra previamente. Verifica-se, assim, que há duplicidade de objeto: em relação a este, o que é o objeto de concessão é o serviço público a ser prestado após a execução da obra.

Em complemento, a delegação sob essa modalidade de concessão é compreendida uma duplicidade de objetos. O primeiro abarca um ajuste entre o

concedente e o concessionário para o fito de ser executada determinada obra pública. Observa-se que há verdadeiro contrato de construção de obra, semelhante aos contratos administrativos de obra em geral, deles se diferenciando, todavia, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução, o que não é verificado naqueles. Já o segundo objeto é responsável pela tradução da real concessão, ou seja, o concedente, ultimada a construção da obra, transfere sua exploração, por lapso temporal determinado, que, conquanto seja denominada de *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*, foi ela definida, em legislação, como a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público. “No que diz respeito à construção, reforma, ampliação ou melhoramento de obras, é assimilada o caráter de precedência em relação ao serviço a ser executado” [20].

É oportuno, ainda, frisar que tais argumentos não subsistem em relação à atividade de conservação. Ora, a atividade de conservar obras públicas guarda concomitância com o serviço prestado, e não precedência: à proporção que as obras são executadas, o concessionário explora o respectivo bem público por meio da cobrança de tarifa. A título de exemplificação, é o que ocorre com a concessão para a execução de obras e conservação de estradas de rodagem, remunerada pelo sistema de pedágios. Assim, conquanto subsista a expressão *concessão de serviço público precedida da execução de obra*, é possível a concessão ter por objeto a execução da obra realizada simultaneamente à prestação do serviço de conservação.

4 Natureza Jurídica

No que atina à natureza jurídica da concessão de serviço público, é importante destacar que não há plena unanimidade, em que pese a doutrina majoritária assentar a perspectiva que se trata de contrato administrativo. José dos Santos Carvalho Filho [21], porém, vai afirmar que o negócio jurídico é de natureza contratual, conquanto seja forçoso reconhecer particularidades específicas que o configuram realmente como inserido no âmbito do direito público. No mais, a Constituição Federal, na redação do artigo 175, parágrafo único, quando faz alusão à lei disciplinadora das concessões, toca, no inciso I, ao caráter especial do contrato, o que explicita a natureza contratual do instituto. A Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995 [22], em seu artigo 4º, colocou fim a eventual controvérsia, mencionando

expressamente que a concessão, independente da modalidade, será formalizada mediante contrato.

No mais, a concessão está condicionada a um conjunto de regras de aspecto regulamentar, as quais são responsáveis por estabelecer a organização e o funcionamento do serviço, e que, em decorrência de tal essência, comportam modificação unilateralmente pela Administração. Afora isso, a concessão é constituída, ainda, por regras essencialmente contratuais, a saber: as disposições financeiras que asseguram a remuneração do concessionário, norteadas pelo corolário do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ora, é importante destacar que, tendo a natureza jurídica de contratos administrativos, as concessões estão submetidas, basicamente, a regime de direito público, cujos regramentos encontram disposição na Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Supletivamente, todavia, há admissibilidade da incidência das normas de direito privado, pois que neste é que se observa detalhada a disposição que norteia os contratos em geral. Contudo, repise-se, a fonte primeira é a norma especial reguladora.

Carvalho Filho^[23], ainda, vai afirmar que todos os elementos mencionados até o momento conduzem ao enquadramento das concessões na órbita da teoria clássica do contrato administrativo, sendo possível destacar três aspectos basilares: a) o objeto contratual é complementado por atos unilaterais posteriores à celebração do ajuste; b) a autoexecutoriedade das pretensões da Administração; c) o respeito ao corolário do equilíbrio econômico-financeiro fixado no início. Outro aspecto que reclama destaque repousa na natureza do objeto a que se destinam os contratos de concessão de serviços públicos. Ora, como se denota na própria denominação, configura objeto desse tipo de ajuste a prestação de um serviço público. A atividade delegada ao concessionário deve caracterizar-se como serviço público e os exemplos conhecidos de concessões comprovam o fato: firmam-se concessões para serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos, comunicações telefônicas etc.

5 Distinção entre Concessão e Permissão

Ao se ter como substrato as ponderações aduzidas algures, denota-se que o traço diferencial entre a concessão e a permissão de serviço público jazia na natureza jurídica, isto é, enquanto a primeira era considerada como contrato administrativo, a segunda era detentora de natureza de atos administrativos. “A

fisionomia contratual era, pois, inadequada para a permissão, como registrava a doutrina em quase unanimidade” [24]. Com a promulgação da Lei Nº. 8. 987, de 13 de Fevereiro de 1995, constata-se que tal distinção restou, de modo determinante, prejudicado, uma vez que, por meio do artigo 40 [25], atribuiu ao instituto em comento o caráter de contrato de adesão, tratando, segurando alguns doutrinadores, como um equívoco e uma contradição por parte do legislador.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.491/DF, decidiu que a redação contida no parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal rechaçou qualquer distinção conceitual entre permissão e comissão, notadamente em decorrência de ter assegurado àquela o caráter contratual próprio desta. Deste modo, conquanto haja vozes dissonantes a respeito da natureza jurídica, a Suprema Corte firmou entendimento que, atualmente, a concessão e a permissão de serviços públicos possuem a mesma natureza jurídica, a saber: contrato administrativo.

Constata-se, desta forma, que ambos os institutos são formalizados por meio de contratos administrativos, bem como possuem o mesmo objeto, qual seja: a prestação de serviços público, e representam a mesma forma de descentralização, sendo ambos resultantes da delegação negocial. Outrossim, denota-se que ambos os institutos não dispensam prévia licitação e, de forma idêntica, recebem a incidência de várias particularidades inerentes a este tipo de delegação, como, por exemplo, supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária. Ultrapassando o texto legal, referente às definições dos institutos em tela, verifica-se a presença de dois pequenos pontos distintivos, que traçam a linha demarcatória.

Primeiramente, “enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica” [26]. Ora, pelo expandido, denota-se que não há concessão com pessoa natural nem permissão com consórcio de empresas. Em segundo ponto, depreende-se do conceito insculpido no inciso IV do artigo 2º da Lei Nº. 8.897/1995, que o ajuste é proveniente de delegação a título precário, ressalva que não é aplicada na definição da concessão. Assim, considerou o legislador que a permissão é dotada de precariedade, estando o particular que firmou o ajuste com a Administração sujeito ao livre desfazimento por parte desta, sem que subsista direito à indenização por eventuais prejuízos.

6 Prazo de Concessão

É importante assinalar que as concessões serão outorgadas mediante prazo determinado, como aludem as partes finais dos incisos II e III do artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Em alinhamento ao exposto, caracterizando-se como contrato administrativo e exigindo sempre o prévio procedimento de licitação, conforme redação ofuscante do artigo 175 da Constituição Federal, a concessão por prazo indeterminado materializaria verdadeira burla, por linhas transversas, ao princípio constitucional, privilegiando por todo o tempo um determinado particular em detrimento de outros que também pretendessem colaborar com o Poder Público. Sobre o prazo determinado, o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento plasmado no sentido que:

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Concessão de Serviço Público. Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. 1. O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, in casu, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas. 2. O Superior Tribunal de Justiça também possui a orientação de que, nos termos do art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, deve a Administração promover certame licitatório para novas concessões de serviços públicos, não sendo razoável a prorrogação indefinida de contratos de caráter precário. 3. Recurso Especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.549.406/SC/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 16 ago. 2016/ Publicado no DJe em 06 set. 2016).

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Concessão de serviço público. Loteria. Prorrogação do contrato sem licitação. Impossibilidade. Alegado cerceamento ao direito

de defesa. Verificação impossibilidade. Incidência do enunciado sumular n. 7/STJ. Alegada ofensa ao direito do concessionário ao equilíbrio econômico financeiro. Não demonstração. [...] 2. Fixado determinado prazo de duração para o contrato e também disposto, no mesmo edital e contrato, que esse prazo só poderá ser prorrogado por igual período, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, sob pena de violação não apenas das disposições contratuais estabelecidas mas, sobretudo, de determinações impostas pela Constituição Federal e por toda a legislação federal que rege a exploração dos serviços de loterias. 3. Não há ofensa ao equilíbrio contratual econômico financeiro em face dos investimentos realizados pela empresa recorrente, porquanto o ajuste de tal equilíbrio se faz em caráter excepcional por meio dos preços pactuados e não pela ampliação do prazo contratual. A prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser ratificado por este Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 912.402/GO/ Relator: Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 06 ago. 2009/ Publicado no DJe em 19 ago. 2009).

No mais, inexistente norma expressa que indique o limite de prazo, com o que a fixação deste ficará a critério da pessoa federativa concedente do serviço público. Com destaque, é oportuno consignar que o prazo, de maneira imprescindível, deverá observar o serviço a ser concedido. Além disso, tratando-se de serviços para cuja prestação seja reclamado o dispêndio de recursos vultuosos, impende que o contrato seja firmado em prazo que assegure ao concessionário o ressarcimento do capital investido, porque, admitir maneira diversa, não haveria interesse da iniciativa privada em colaborar com o Poder Público, consoante expõe Carvalho Filho^[27]. Destarte, a concessão deve ser outorgada em prazo compatível

com o princípio da igualdade de oportunidades a ser proporcionada a todos quantos apresentem interesse em executar atividades de interesse coletivo, culminando que seja reavaliado o serviço prestado, o prestador, o preço do serviço etc. em novo procedimento licitatório para tal escopo.

7 Intervenção na Concessão

Tal como espandando alhures, a concessão implica a delegação, por parte do Poder Público, de certo serviço de interesse público ao concessionário, que o executa por sua conta e risco. A partir de tal acepção básica decorre a premissa que, em razão da delegação do serviço por parte do Estado, é reservado o poder-dever de fiscalizar a sua prestação, em decorrência de ser a população o alvo da atividade delegada. Assim, em virtude de tais elementos é que o concedente pode adotar várias medidas para assegurar a regular execução do serviço. “Uma dessas medidas consiste exatamente na intervenção do concedente na concessão. Trata-se de uma emergencial substituição do concessionário, que, por este ou aquele motivo, não está conseguindo levar a cabo o objeto do contrato” [28]. Nesta linha, é possível conceituar a intervenção como manifestação da ingerência direta do concedente na prestação do serviço delegado, em aspecto de controle, com o escopo de assegurar a manutenção do serviço adequado à sua finalidade e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais da concessão.

Desta forma, tratando-se de ingerência direta no contrato e na execução do serviço, a intervenção apenas se legitimará diante da presença de certos requisitos. O primeiro requisito a ser observado é o ato administrativo deflagrador, porquanto a legislação reclama que a intervenção seja feita por decreto do Chefe do Executivo da entidade concedente, devendo conter, da forma mais precisa possível, os limites, o prazo e o escopo da intervenção, bem como indique o interventor. O requisito importa modalidade de competência especial, porquanto apenas um agente da Administração – o Chefe do Executivo – possui aptidão jurídica para declarar a intervenção, consoante parágrafo único do artigo 32 da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995 [29]. O decreto, *in casu*, traz a característica da autoexecutoriedade, porque verificada a irregularidade da prestação do serviço e constatada a situação emergencial, desde logo, o ato produz seus efeitos.

Após o decreto interventivo é que o concedente deve instaurar o procedimento administrativo e, nos termos do *caput* do artigo 33 da legislação supramencionada, o prazo será de trinta dias, oportunidade em que, no procedimento, buscarão as causas que geraram a inadequação do serviço, bem como apurarão as devidas responsabilidades. Obviamente, em decorrência dos princípios processuais constitucionais, o procedimento será norteado pelos corolários do contraditório e da ampla defesa. O §2º do artigo 33 vai cominar que o prazo para encerramento da apuração será de cento e oitenta dias. Contudo, ultrapassado o prazo afixado em lei, a Administração ter-se-á mostrado lenta e desidiosa, acarretando, como efeito de tal comportamento, a invalidade da intervenção, retornando o concessionário à gestão do serviço delegado.

O procedimento, uma vez encerrado, alcançará uma de duas conclusões, a saber: concluído pela inadequação do concessionário para prestar o serviço, fato que acarretará a extinção da concessão; ou nenhuma culpa se terá apurado contra ele e, em tal hipótese, a concessão será restaurada sua normal eficácia. No mais, quadra reconhecer que o formalismo do procedimento é inarredável pelo administrador, que a ele está vinculado. Caso seja constatado vício no procedimento, o efeito, nos termos do §1º do artigo 33, será a sua nulidade e, se for o caso, o direito do concessionário à inteira reparação dos prejuízos causados pela intervenção.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

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

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[3] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

[4] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

[6] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

[7] MEIRELLES, 2012.

[8] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em

cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

[9] MEIRELLES, 2012.

[10] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

[11] MEIRELLES, 2012, p. 436.

[12] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

[13] CARVALHO FILHO, 2011.

[14] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”.

[15] CARVALHO FILHO, 2011.

[16] BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

[17] *Ibid.* Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995. [omissis] § 2º Independe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário. § 3º Independe de concessão ou permissão o transporte: I - aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados; II - rodoviário e aquaviário de pessoas,

realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade; III - de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

[19] CARVALHO FILHO, 2011.

[20] *Ibid*, p. 341.

[21] CARVALHO FILHO, 2011.

[22] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

[23] CARVALHO FILHO, 2011.

[24] *Ibid*, p. 383.

[25] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017: “**Art. 40**. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

[26] CARVALHO FILHO, 2011, p. 383.

[27] CARVALHO FILHO, 2011.

[28] CARVALHO FILHO, 2011, p. 370.

[29] BRASIL. **Lei Nº. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 jan. 2017.

A EFETIVIDADE DO ARTIGO 225 DA CF/88: A PESCA ECOLÓGICA

EDER MARCELINO NESTOR: Acadêmico do curso de Direito da Universidade Brasil.

ADAUTO JOSÉ DE OLIVEIRA(Orientador)[[1](#)]

RESUMO: O assunto aborda a preservação da fauna aquática do Rio Grande, que se estende pelo município de Santa Fé do Sul e Rubinéia, Estado de São Paulo interior Paulista, divisa dos Estado de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, Este lago ao longo do tempo foi perdendo espécies nativas de peixes, por motivo de exploração agressiva dos pescadores profissionais e os habituais, não respeitando as devidas normas, com respeito das medidas dos peixes, a malha usada nas redes dos profissionais e pescadores amadores, dispositivos da lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 artigos 34 a 36, também artigo 225 da Constituição federal, diz que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Antigamente possuía muitas espécies como Surubins, Piracanjuba, Jaús, Dourados, lambaris e Pacus, com as construções das barragens estas variedades de peixes diminuiu, sendo que algumas variedade não se vê mais como o caso do Dourado. Assim entendemos que um futuro próximo estaremos correndo sérios riscos de não encontrarmos grande parte de fauna, não vejo outra saída, se não impor outras normas restringindo a exploração da pesca, como exemplo introduzir uma pesca ecológica como o pesca e solte, um melhor incentivo aos profissionais da pesca, como a ampliação de espelho de água para criação de em gaiolas, com incentivos fiscais tanto Municipal e Estadual para manutenção de cooperativas dos pescadores profissionais. Com a restauração da fauna, atraímos mais o comercio de profissionais da pesca esportiva, que não atribui a captura e sim o esporte do pesque e solte, pois o peixe é muito mais atrativo na água do que fora, tendo um valor aproximado de 60 (sessenta) vezes o valor do peixe dentro da água do que fora da água. Resguardando a vida aquática para todos e a garantia de um futuro melhor, atraindo projetos de incentivos fiscais para os municípios que fiscaliza, incentiva e preserva o meio ambiente de rios e lagos.

Palavras-Chaves: Efetividade. Pesca Ecológica.

ABSTRACT: The subject deals with the preservation of the aquatic fauna of Rio Grande, which extends through the municipality of Santa Fé do Sul and Rubinéia, in

the State of São Paulo, in the state of São Paulo, Mato Grosso do Sul and Minas Gerais. Over time was losing native species of fish, because of the aggressive exploitation of the professional fishermen and the habitual ones, not respecting the proper norms, with respect to the measures of the fish, the mesh used in the networks of the professionals and amateur fishermen, devices of the law 9.605 , From February 12, 1998 Articles 34 to 36, also Article 225 of the Federal Constitution, says that everyone has the right to the ecologically balanced environment, well of common use of the people and essential the healthy quality of life, imposing itself to the Public Power And the collectivity has the duty to defend and preserve it. Formerly it had many species like Surubins, Piracanjuba, Jaús, Dourados, lambaris and Pacus, with the constructions of the dams these varieties of fish diminished, being that some variety is not seen more like the case of Gold. So we understand that in the near future we will be in serious danger of not finding a large part of the fauna, I do not see any other way out, if we do not impose other rules restricting the exploitation of fishing, such as introducing ecological fishing such as fishing and letting, Such as the expansion of the water mirror for cage-raising, with both municipal and state tax incentives for the maintenance of cooperatives by professional fishermen. With the restoration of fauna, we attract more trade in sports fishing, which does not attribute the catch but rather the sport of fishing and loosening, since the fish is much more attractive in water than outside, having an approximate value of 60 (Sixty) times the value of fish in water than out of water. Protecting aquatic life for all and guaranteeing a better future, attracting tax incentive projects for municipalities that oversee, encourage and preserve the environment of rivers and lakes.

Keywords: Effectiveness. Ecological Fishing.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO, 2 CONCLUSÃO, 3 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O assunto aborda é a preservação da fauna aquática do Rio Grande, que se estende pelo município de Santa Fé do Sul e Rubinéia, Estado de São Paulo interior Paulista, divisa dos Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, Este rio ao longo do tempo foi perdendo espécies nativas de peixes, por motivo de exploração agressiva dos pescadores profissionais e os habituais, não respeitando

as devidas normas, como as medidas dos peixes e muito menos de malha usada nas redes dos profissionais e pescadores amadores, dispositivos da lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 que Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e outras providências artigos 34 a 36, também artigo 225 da Constituição federal, diz que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, segue imagens dos peixes nativo e as medidas de captura:

De acordo com o Decreto lei 221 de 28 de fevereiro de 1967 define a pesca como o ato de capturar ou retirar animais ou vegetais que tenham na água o seu meio de vida, contribuindo como meio comercial e não comercial.

A pesca comercial é a praticada por pescador profissional autônomo por meios artesanais ou por meio de comercio industrial realizada por pessoas físicas ou jurídicas em que pescadores profissionais empregados ou em regime de parcerias se utilizam de embarcações de pequeno, médio e grande porte constituindo um atividade extremamente comercial, visando a mercantilização do pescado.

Já a pesca não comercial é composta de pesca de subsistência, na qual seus praticantes visam o consumo doméstico, temos também a pesca amadora que tem a finalidade de lazer entre as pessoas eventuais, que acaba passando grande parte do ano explorando os lagos e rios na busca de peixes, não se importando com sua caças e sim com o próprio prazer.

Assim, a pesca esportiva ou de lazer é uma modalidade da pesca amadora e define-se como a captura de peixes visando uma atividade de lazer que não se destinam para a alimentação.

Antigamente, o Rio Grande possuía muitas espécies como Surubins, Piracanjuba, Jaús, Dourados, Lambaris e Pacus, com as construções das barragens estas variedades de peixes diminuiu, sendo que algumas variedade não se vê mais como o caso do Dourado como mostra figura acima.

Apesar dos vários benefícios locada na pesca esportiva sua avaliação sofre a falta de estudos científicos, mesmo nos países que possuem a pesca esportiva

ligada as suas culturas. Este seguimento vem sofrendo mudanças relacionadas com a atividade antrópica como poluição dos rios, eutrofização, barragens hidroelétricas que modificaram a prática, a qualidade e os ambientes da pesca esportiva.

A atividade acaba não sendo a prioridade e é preterida em relação aquelas com importância econômica e social consideradas mais relevantes como a agricultura, a produção de energia ou prevenção de cheias.

Não podemos esquecer da produção de pescado em gaiolas inserido na bacia do Rio Grande, gerando milhões de toneladas de peixes anualmente, assim retirando os espaços dos peixes nativos havendo um desequilíbrio na alimentação dos peixes, pois os peixes nativos se aproximam das gaiolas para se alimentar das rações que sobram ou que caem fora da gaiola, atrapalhando o busco do seu próprio sustento.

Informamos ainda que um ponto fundamental é a poluição gerada pelos peixes em cativeiro que são toneladas de fezes lançadas no rio sem qualquer controle, onde muitos pescadores ou mesmo pessoas que a muitos e muitos tempo utilizam estas águas para obter seu sustento relata que o mal cheiro é insuportável, que nem mesmo consegue nadar onde antes fazia constantemente.

Todo este transtorno acaba não beneficiando as pessoas que ali utilizam como fim social, exemplo área de lazer comunitário, clubes náuticos e condomínios de ranchos. Que num futuro próximo afetará as convivências neste local. Segue imagem abaixo relatando a produção em cativeiro no meio do Rio Grande.

Os conflitos entre os pescadores esportivos com outros setores que compartilham os recursos hídricos são comuns, como por exemplo, a pesca comercial, praticantes de esportes náuticos ou ambientalistas preocupados com a conservação. Verifica-se que, para a formulação de um plano de gestão da pesca esportiva, deve ocorrer um levantamento da situação da atividade e dos setores que compartilham os recursos hídricos, para a manutenção da pesca esportiva como uma atividade viável no futuro é necessário que ocorra a gestão sustentável do setor com atenção às espécies e aos ecossistemas aquáticos e que tenha significado econômico e social para as localidades onde ela é praticada, com a consequência ou risco da pesca esportiva produzir o declínio das populações de peixes da mesma forma que a pesca comercial vem realizando. É importante

identificar qual o objetivo da pesca esportiva praticada na localidade com base nos estudos científicos sobre o setor é possível dividir a pesca esportiva em dois segmentos, uma pesca de lazer urbana realizada perto de grandes centros e uma pesca de turismo que se destina a fomentar a atividade econômica da localidades.

Na pesca esportiva em decorrência da sua baixa captura de exemplares por esforço de pesca é apontada como menos prejudicial para os ecossistemas aquáticos do que a pesca comercial que se caracteriza por uma grande captura aliado a um baixo esforço de pesca, no entanto, a atividade pode produzir impactos diretos e indiretos aos recursos naturais envolvidos. O excesso de capturas superiores aos níveis sustentáveis, ou sobre pesca, afeta o tamanho e as abundâncias das populações, o recrutamento das espécies para a reprodução da espécie alvo que pode afetar a biodiversidade e os serviços ecossistêmicos.

A pesca esportiva passou também a ser questionada por razões ético/morais e ganhou impulso a discussão sobre o bem estar animal com base o bem estar animal com base no argumento da imposição desnecessária de dor e sofrimento aos peixes, tema que pose ser hoje a principal barreira para o desenvolvimento da pesca esportiva.

Com tudo, a pesca esportiva gera benefícios sociais uma vez que possibilita o lazer a qualquer tipo de pessoa, econômicos permitindo que a localidade se sustentem apenas com a atividade ecológica, pois permite a compreensão dos ecossistemas aquáticos e da sua complexidade e a adoção de um código de ética da atividade contribuir para a sustentabilidade do setor a longo prazo e deve ser considerado pelas autoridades que defendam a atividade como instrumento d desenvolvimento social e econômico. Com este objetivo a membro da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura desenvolveu um código de conduta de pesca esportiva para ser aplicado mundialmente.

Apesar do órgão instituidor possuir jurisdição na Europa o código foi formulado com consultas aos interessados e praticantes de todo o mundo o pode ser aplicado na política de gestão do setor em qualquer contexto, trazendo os padrões mínimos para que a gestão e o desenvolvimento sustentável da pesca esportiva sejam aceitos eticamente, socialmente e biologicamente.

Neste contexto, este artigo apresenta pontos fortes e pontos fracos que visão descrever os três cenários mais frequentados pelos pescadores brasileiros, o

estuário, os rios e reservatórios e os modelos de pesca esportiva ali praticados, comparando-os e identificando a melhor forma de gestão dos recursos ambientais envolvidos.

Podemos analisar alguns dados importantes como os aspectos Econômicos, Sociais e Ambientais:

- Aspecto Econômico a existência de programas de turismo de pesca para a região se a atividade é uma política pública do governo local; a infraestrutura para a pesca esportiva se a região oferece condições mínimas para a prática da atividade tais como pousadas ou hotéis para os turistas pescadores, fornecimento de barcos e equipamentos na região; Presença de pesca comercial pois se existe pesca comercial na região que pode originar conflitos com os pescadores esportivos e que impacta duplamente os estoques pesqueiros da região.

- Aspecto Social, se a existência de guias de pesca da região e se a pesca contribui para geração de empregos; conhecimento de pesca pelos profissionais que atuam no setor e se estes profissionais que atuam na pesca esportiva orientam e auxiliam os turistas durante a prática da atividade, bem como orientação sobre a pesca na região localidade esclarecendo o turista sobre as características de pesca esportiva na região; a distância dos grandes centros para que os pescadores busquem a melhor rota para a viagem e sua viabilidade no transporte.

- Aspecto Ambiental, sobre a diversidade de locais para a prática de pesca esportiva, se é realizada sempre em um mesmo ambiente, ou se existem variações num mesmo período de pesca, onde o turista acaba distribuindo o impacto da atividade e o impacto da pesca esportiva, se existe degradação ambiental visível em razão da atividade de pesca esportiva; também a diversidade de espécies alvo nativas possibilitando a distribuição do não impacto da pesca esportiva; a utilização de iscas naturais e a sustentabilidade na produção para a pesca e fornecimento aos turistas, sem prejudicar ou explorar o meio ambiente.

Não podemos esquecer que há abundância de recursos hídricos na junção de águas desta região em específico, o encontro das águas Rio Paranaíba e o Rio Grande gerando o Rio Paraná “marcado por um círculo, e as posições onde ficou construídas as usinas hidroelétricas como demonstra figura abaixo:

Pela imensa área hidrográfica fica difícil de ser fiscalizada pelas autoridades policiais e números de agentes que se desempenha no âmbito ambiental, contudo fica claro que o papel é de cada pessoa civil ou empresa que se beneficia destas bacias hidrográficas, assegurado pela Constituição Federal de 1988 é dever de todos fiscalizar e guardar o patrimônio público para o bem estar social e cultural para todos.

Já possuímos algumas normas assegurando a preservação ambiental e da fauna aquática, assim como a Lei de nº. 7.679, de 23 de novembro de 1988, que diz:

“Dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em época de reprodução e estabelece que o Poder Executivo fixará os períodos de defeso da Piracema para a proteção da fauna aquática, atendendo as peculiaridades regionais, podendo adotar as medidas necessárias ao ordenamento pesqueiro.”

Considerando que a bacia hidrográfica é a unidade territorial para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Lei nº. 9.433 de 8 de Janeiro de 1997);

Considerando que as lagoas marginais devem ser caracterizadas como área de proteção permanente com vistas a possibilitar a conservação dos ambientes onde as espécies ictícas tenham garantia de sua sobrevivência pelo menos durante a fase inicial de seu desenvolvimento;

Considerando o acidente ambiental ocorrido no Rio Pardo, estado de São Paulo, causando grande mortandade de peixes, e a necessidade de proibição da pesca naquela região, no sentido de que os estoques de peixes não afetados pelo acidente possam contribuir de maneira mais efetiva para a recomposição natural dos seus estoques.

Não posso deixar de citar alguns artigos fundamentais que auxiliam o entendimento do tema exposto, portaria nº. 60, de 17 de outubro de 2003:

- Artigo 1º. Esta Portaria estabelece normas gerais e específicas para o período

de proteção à reprodução natural dos peixes (piracema), temporada 2003/2004, na área da bacia hidrográfica do Rio Paraná.

- Artigo 2º Fica proibido, de 1º de outubro de 2003 a 29 de fevereiro de 2004, o exercício da pesca do Rio Pardo, no trecho compreendido entre 1.500m (mil e quinhentos metros) a jusante da barragem da Usina Hidrelétrica de Limoeiro até sua foz e, na bacia Hidrográfica do Rio Grande, no trecho compreendido entre 1.500m (mil e quinhentos metros) da barragem da Usina Hidroelétrica de Porto Colômbia até a formação do reservatório da Usina Hidrelétrica de Marimbondo, no estado de São Paulo.

- Artigo 6º Fica proibida, no período de defeso da piracema definido nesta Portaria, a realização de competições de pesca (torneios, campeonatos e gincanas) – Parágrafo Único. Esta proibição não se aplica a competições de pesca realizadas em reservatórios, visando a captura d espécies exóticas a bacia.

Se não atendido as devidas normas acima citado, de um futuro próximo, estaremos correndo sérios riscos de não encontrar grande parte desta fauna, sem outra saída, se não impor outras normas restringindo a exploração da pesca, como exemplo introduzir uma pesca ecológica como o pesca e solte, um melhor incentivo aos profissionais da pesca, com a ampliação de áreas ou espelho d`água para criação de peixes em gaiolas, com incentivos fiscais tanto Municipal e Estadual para manutenção de cooperativas dos pescadores profissionais.

Com a restauração da fauna aquática, atraímos os profissionais da pesca esportiva, que não atribui a captura e sim o esporte do pesque e solte, pois o peixe

é muito mais atrativo na água do que fora, um peixe pode se pescado até 9 vezes por temporada gerando muito mais recurso no seguimento pesca esportiva ou pesque e solte, do que matar na primeira quando pescado.

Preservar a vida aquática, é garantir de um futuro social equilibrado para todos, implantando projetos e leis junto com o legislativo (municipal, estadual, federal), com o objetivo de assegurar todo um eco sistema saudável e sustentável, como o repasse de verbas para os municípios que fiscalizam e implantam projetos de preservação ambiental.

O que se vê é um total desinteresse das autoridades tanto legislativo e executivo, que só tem olhos para a corrupção, lapidando todos os recursos que ainda temos principalmente o meio ambiente que está gritando por socorro. A única herança que deixarão é a ignorância, egoísmo e a busca da satisfação pessoal e não a coletividade.

A saúde de nossos rios e lagos está acabando, a nossa saúde também e de nossos futuros herdeiros, pois temos leis de preservação do nosso meio ambiente, e não é respeitada como deveria.

Os piscicultores deveriam reunir-se montando uma cooperativa e fazer suas produções em represas artificiais em tanques montados no solo como mostra figura abaixo:

Esta linha de produção seria muito menos agressivo para o meio ambiente e contribuiria para que todos os cooperados, um trabalho de conscientização social e dando exemplo de sustentabilidade para novas gerações. Retirando dos rios e lagos a poluição da quantidade de fezes produzidas pelos peixes através das ações e mantendo o equilíbrio dos peixes nativos na procura de seus alimentos ciclo natural da sub existência.

2 CONCLUSÃO

O presente estudo apurou que a exploração do meio aquático juntamente com as normas (Constituição Federal, Portarias e Leis) devam ser respeitada como fundamento básico para a sobrevivência humana, pois dependemos desta fonte que é a água e sua toda sua vida aquática. Com a exploração através das pescas esportivas e comercial, o reservatório do Rio

Grande é explorado pelos pescadores profissionais e pela produção de peixe em gaiolas pelos grandes produtores de peixes.

A procura do equilíbrio e de fundamental importância tanto entre os profissionais da pesca como para o ambiente explorado, tem que ajustar e transformar num equilíbrio social e natural fortalecendo a subsistência entre as partes homem e natureza. A moda é o equilíbrio sustentável do meio onde vivemos, assegurado pelas leis federais, estaduais e municipais.

Para conscientização e a obtenção do equilíbrio saudável dos rios, lagos e da fauna aquática, é através de estudos e implantações de normas mais agressiva que atingem a economia de cada infrator, penas severas coibindo a impunidade e estabelecendo um controle ético e moral a todos, objetivando uma educação social para uma futura geração preocupada com sua existência.

3 REFERÊNCIAS

Portaria Nº 60, de 17 de Outubro de 2003 – Do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

Portaria Nº 49, de 05 de Novembro de 2007 – Do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

<http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/bioikos/article/viewFile/763/743>. Acessado em 15/08/2016.

http://abes-dn.org.br/publicacoes/rbciamb/PDFs/28-10_Materia_8_artigos369.pdf. Acessado em:11/08/2016.

http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/pesque_e_solte.html. Acessado em 12/08/2016.

Tinoco, Fernando – Trad. Enciclopédia da Pesca de Agua Doce, de Mar e à Mosca, Editora Parragon, Primeira Edição Junho de 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DIREITO ELEITORAL E A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA: COMO MELHORAR O QUADRO ATUAL?

**ANNA BEATRIZ PINHEIRO DE SOUZA
ABREU:** Graduanda no curso de Direito
da Universidade de Brasília - UNB.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo é a análise da trajetória da mulher brasileira na política, perpassando seus antecedentes históricos, entraves e problemáticas e eventuais soluções para uma maior participação feminina no sistema político brasileiro.

Inicialmente, serão apresentadas considerações breves sobre a trajetória da mulher brasileira na política, bem como seu direito ao voto.

Os últimos oitenta anos foram decisivos para uma participação mais efetiva das mulheres na esfera pública. No entanto, apesar de terem conquistado o direito de votar e de serem votadas, ainda representam a minoria no comando da política.

Enquanto no Brasil as mulheres compõem 51,4%^[1] da população total, na Câmara só foram eleitas 51 deputadas mulheres, somando aproximadamente 10% do total de eleitos. Esses dados explicitam o fato de que o corpo de representantes políticos difere demasiadamente do escopo populacional brasileiro, nos levando à seguinte reflexão: quem o Congresso Nacional representa verdadeiramente? Assim, será analisado o cerne dessa problemática e o motivo por trás dos pontos elencados.

Por fim, pretende-se ainda explanar os avanços e soluções já alcançados pelas mulheres no âmbito do sistema político brasileiro, bem como políticas públicas efetivas do sistema eleitoral.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O movimento sufragista brasileiro iniciou-se em 1910, com a fundação do Partido Republicado Feminino. Porém, manifestações mais intensas só ocorreram em 1919, quando a bióloga Bertha Lutz fundou a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher. Em 1922, foi transformada em Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, desenvolvendo uma importante campanha para que se fosse implantado

os direitos eleitorais e políticos da mulher. Em 1928, o direito de voto das mulheres foi conquistado no Rio Grande do Norte e depois estendido a nove estados brasileiros, até que, em 1932, foi incorporado ao Código Eleitoral e, em 1934, à Constituição Brasileira. (PIOVESAN, 2011)

No ano de 1980 o movimento feminista tomou novos rumos. A volta à normalidade política levou as militantes feministas, a se dividirem entre o PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro e o PT – Partido dos Trabalhadores. Com o processo de redemocratização surgia uma nova divisão entre as feministas: de um lado as que lutavam pela institucionalização do movimento e por uma aproximação da esfera estatal e as autonomistas, que viam essa aproximação como uma agregação.

3. ENTRAVES E PROBLEMÁTICAS

É importante destacar que, embora tenham ocorrido diversos avanços em relação ao direito das mulheres, diversos fatores contribuem para a permanência do mito de que as mulheres são naturalmente inadequadas à esfera pública. A ideia é a de que o ser feminino deve preocupar-se prioritariamente com a proteção do ambiente privado, enquanto homens detém controle sobre as duas esferas, perpetuando tal posição privilegiada.

A divisão sexual do trabalho é essencial para a manutenção do controle dessas esferas. As mulheres são enxergadas como responsáveis pela esfera doméstica e pela reprodução, enquanto os homens são sempre associados a noções de política e economia.

Até mesmo as feministas do século XIX utilizam como argumento para a inserção da mulher em espaços públicos e o direito à educação e ao sufrágio, o fortalecimento das relações domésticas e a introdução da sensibilidade (que seria exclusivamente feminina) na esfera pública. A permanência da simplificação da problemática de gênero na dicotomia público-doméstico e a separação dogmática dessas áreas permite que se continue ignorando a natureza política da família, do ambiente privado e da mulher. A última, deixando de participar de espaços político-institucionais não por falta de capacidade ou vontade, mas pela manutenção da ordem social que se moldou para evitar o encontro do feminino com a esfera pública. (OKIN, 2008)

Para os defensores das ações afirmativas, é preciso combater esse desequilíbrio por meio de políticas compensatórias que acelerem a igualdade de fato, ou seja, com medidas voltadas para a promoção da mulher enquanto sujeito político. No entanto, é importante ressaltar que o cerne das dificuldades femininas na política vai além de estruturas partidárias.

A plena participação da mulher na vida política e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo devem constituir objetivos prioritários da comunidade internacional. Segundo a Deputada Federal Luiza Erundina, existe um componente cultural, intrínseco à educação familiar, religiosa e até mesmo escolar das mulheres. Elas não são educadas para ocupar espaços públicos, mas sim o ambiente privado, acabando por exercerem preconceito contra si mesmas, tendo preferência por candidatos masculinos.

Mesmo que todos aqueles que sigam os critérios de elegibilidade possam concorrer, há igualdade de condições na concorrência eleitoral? É importante ressaltar que o que está sendo contestado não é a questão dos direitos formais. O que se questiona é quais são as desigualdades que vão para além da igualdade formal, que fazem com que o corpo de representantes seja diferente do corpo social. Essa discrepância representativa é sistemática e vem se reproduzindo de acordo com o tempo, sendo vazia a argumentação de mera aleatoriedade nas escolhas. Esse padrão indica que mulheres são excluídas como um grupo geral, não são analisadas por conta de suas capacidades pessoais e individuais, acarretando em sua exclusão da política.

A ausência de mulheres no corpo político serve como uma espécie de mensagem simbólica, dizendo que aquele espaço não as pertence. Além disso, cabe ressaltar que experiências pessoais tem relevância para a definição de nossos interesses políticos. Ou seja, dificilmente um homem chega a levantar demandas femininas, justamente por questões de alteridade. É partindo da nossa posição na sociedade que temos determinada visão de mundo, e quando um grupo é sistematicamente excluído da política, conseqüentemente essas vivências são excluídas da agenda. Logo, o espaço político é masculino não só porque esse grupo é preponderante, mas porque é um espaço construído pelas práticas e vivências masculinas, o que limita a entrada das mulheres.

As mulheres que desde sempre foram excluídas do espaço político e marcadas historicamente como negativas ao campo ainda passam por grandes percalços mesmo com o ganho de direitos e a possibilidade de serem equiparadas aos homens.

Ao ressaltarem em seus discursos questões de gênero e seu local de fala, incorrem no risco de perderem votos por não acharem que a ela lhe cabe o espaço além de estereótipos preconceituosos. Quando eleitas, o gênero acaba passa a virar um fator limitante na carreira, deixando de ser ouvidas pelos próprios parlamentares e são negligenciadas no espaço que é masculinizado desde sua origem. A outra opção é a aderência das mulheres às características do campo, passando a atuar da maneira proposta pelo espaço político (jogando as regras do jogo), continuando a reproduzir a desigualdade do sistema.

A partir dessa problemática podemos traçar o seguinte pensamento: Será que a representatividade feminina realmente é efetiva quanto à defesa do direito das mulheres e outros assuntos concernentes? Diagnosticar que a ausência de mulheres é sistemática é algo fácil, o maior problema é saber se a presença das mulheres realmente levará à política os interesses considerados femininos, justamente por ser um fator subjetivo e não numérico.

A entrada das mulheres na política e na esfera pública ocorre, mas desde o começo em posição de desvantagem. As mulheres entram no mundo do trabalho industrial sem serem cidadãs da mesma forma que os homens do ponto de vista da cidadania política (possibilidade de fazer valer seus interesses na esfera pública política).

4. AVANÇOS E SOLUÇÕES

Pode-se destacar como um dos avanços o fato de as mulheres, depois de terem conquistado os seus direitos políticos, não sofrerem qualquer limitação para exercê-los, podendo fazê-lo em sua capacidade ativa (como eleitora) e ou em sua capacidade passiva (como candidata). Tal fato se deve, em parte, ao cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que foi ratificada pelo Brasil em 1984, a qual determina, em seu artigo 7º, que os Estados-Partes devem implementar medidas adequadas que busquem eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública daquele país e garantam o direito de votar e ser votada em igualdade de condições com os homens nas eleições. (ARAÚJO, 2011)

Além disso, que elas possam participar na elaboração e execução de políticas governamentais, como também o direito de participar de organizações (governamentais e não-governamentais) que se encarregam da vida política e pública do país.

Vê-se a cada eleição, um aumento tanto no número de mulheres que disputam as vagas para os cargos públicos quanto para o número de candidatas eleitas, embora o aumento na ocupação das vagas pelas mulheres ainda seja pequeno.

Para citar um exemplo disso, segundo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para os cargos do Poder Legislativo, houve um aumento expressivo (88,77%) no número de candidatas que participaram da disputa eleitoral em 2014 em relação a 2010 (de 935 para 1765 candidatas), bem como ocorreu um aumento de 13,33% na ocupação das vagas da Câmara dos Deputados (de 45 mulheres eleitas em 2010 para 51 mulheres eleitas em 2014^[2]). Já em relação ao Poder Executivo, em 2010 tivemos a primeira mulher no cargo de Presidente, Dilma Rousseff, vindo a ser reeleita em 2014.

O exposto acima se deve a edição da Lei nº 12.034 (2009), a qual especifica que não deve ocorrer pelos partidos ou coligações apenas a reserva de vagas para as candidaturas aos cargos eleitos pelo sistema proporcional com no mínimo de 30% e o máximo de 70% de candidaturas de cada sexo, conforme proposto na Lei nº 9.504 (1997), mas essas, obrigatoriamente, devem ser preenchidas desse modo.

Tais normas estão em conformidade com a Convenção já citada, que estabelece não apenas o dever do Estado de proibir a discriminação, como também o dever de promover a igualdade, por meio de ações afirmativas. Estas ações devem ser aplicadas temporariamente e possuem por objetivo promover de modo mais rápido a igualdade entre o homem e a mulher na vida política, segundo o artigo 4º da Convenção. Vale realçar que a legislação das cotas está associada à campanha “Mulheres sem Medo do Poder”, desenvolvida pela bancada feminina do Congresso Nacional, apoiada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e pelo movimento de mulheres.

Uma das soluções para corrigir a discrepância que ainda há na participação feminina em relação à masculina seria a punição com sanções ou multa ao partido ou à coligação que não cumpra a determinação proposta

pela Lei nº 12.034, já citada. O que propiciaria, forçosamente, uma maior participação das mulheres no parlamento brasileiro.

Neste momento, merece destaque o fato de que a pauta sobre o aumento da participação feminina está tendo uma “janela de oportunidade” com as discussões sobre a Reforma Política. Segundo o cientista político Jairo Nicolau, uma das mudanças propostas seria a adoção do sistema de lista fechada para a distribuição das cadeiras.

Ao realizar a eleição para os cargos do sistema proporcional por esse tipo de lista, a obrigatoriedade de no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo terá de ser aplicada para a sua elaboração. Isso já é aplicado em outros países e gerou um aumento significativo na ocupação das vagas como, por exemplo, na Argentina (passou de 6% para 38%) e na Costa Rica (passou de 14% para 36%).

Está havendo um movimento de maior conscientização, tanto da sociedade como das próprias mulheres, sobre a importância do aumento da participação da mulher na política, isso deve ser reforçado por meio de campanhas e dentro dos partidos.

Hoje elas são maioria entre os filiados dos partidos e essa participação só deve crescer. Ainda, segundo um realizado pelo Instituto Patrícia Galvão^[3], 78% das pessoas dentre as pessoas que o Instituto entrevistou são favoráveis ao percentual de 50% de candidaturas entre ambos os sexos pelos partidos, ou seja, a sociedade também é favorável a uma maior presença feminina neste seguimento, nada mais justo àquelas que são quase 52% dos eleitorado desse país.

Diante do exposto, é possível afirmar que, dentre as soluções apresentadas, aquela que poderá gerar uma mudança mais efetiva a curto prazo é a reforma política. Espera-se que seja realizada não só para reformular o sistema eleitoral como também para fazer justiça social, pois, não haverá verdadeiramente democracia enquanto as mulheres não estiverem mais presentes nos espaços de poder e tomada de decisão, deixem de ser minoria, mesmo compondo a maioria da população.

5. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Clara. As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas. In: **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003 – 2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011;

pág. 90 - 136. Disponível no site - <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf>

NICOLAU, Jairo. **O sistema eleitoral brasileiro**. Pág. 293 – 300.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Civis e Políticos: A Conquista da Cidadania Feminina. In: **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003 – 2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011; pág. 58 - 89. Disponível no site - <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf>

Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas.

Cadernos 12: Estudos de Gênero, CFêmea, Goiânia, p. 99-112, 2003

VAZ, Gislene. **A Participação da mulher na política brasileira: a lei das cotas**. Monografia apresentada para o curso de Especialização em Processo Legislativo. Câmara dos Deputados. 65fl. 2008

OKIN, Susan: “Gênero, o público e o privado”. Revista Estudos Feministas, n. 16, vol. 2, 2008; pp. 305 - 332.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html> Acesso em 15 de março de 2017.

[2] Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2014/Outubro/eleicoes-2014-numero-de-deputadas-federais-cresce-13-33-em-relacao-a-2010>. Acesso em 10 de março de 2017.

[3] Material on-line **Mais Mulheres na política** - Instituto Patrícia Galvão. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wpcontent/uploads/2013/07/mais_mulheres_politica.pdf

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

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 o conceito de capacidade contributiva, relação com princípios constitucionais, demonstrando as características dos direitos humanos tais como: a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade, é o que veremos ao longo deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Capacidade Contributiva.

1. UMA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

O autor vem mostrar sobre a questão dos direitos humanos e fundamentais, tendo como base a capacidade contributiva e sua análise em nosso sistema constitucional, na qual, tem como finalidade aprofundar o conteúdo do que podemos considerar como direito fundamental, para ver se a capacidade contributiva pode ser inserida nesse contexto. Todavia, também, observa-se alguns comentários acerca dos direitos humanos, na qual, o autor cita alguns doutrinadores como Ingo Wolfgang, que traz a seguinte classificação entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, definindo os primeiros como sendo direitos naturais que não são ou ainda não foram positivados, já os direitos humanos, considera serem estes os direitos “positivados na esfera do direito internacional tem que ver com as “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e os direitos fundamentais seriam os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”.

Os direitos humanos foram se formando à medida que o ser humano foi identificando quais eram as prioridades que mereceriam ser garantidas; o que demonstra que, não é apenas o homem, que é incompleto, os direitos humanos

também o são, pois representam um constante vir a ser. O autor vem definir o que são direitos humanos:

“Os direitos humanos nada mais representam do que a necessidade de inclusão de pessoas na sociedade mundial, que, de fato, compõe a humanidade; e, ao fazer parte disto, justamente por sermos, em essência, iguais, ter reconhecidas e asseguradas as garantias essenciais pelo direito, seja através do ordenamento jurídico interno de cada Estado, seja através dos tratados e demais atos normativos pertencentes ao direito internacional”. (p 161. 2008, Dutra)

Deve-se ter em mente que os direitos fundamentais, junto com a acepção da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, constituem a essência do Estado de Direito, que tem, nesses, seus contornos e fundamentos, os quais têm que vir elencados na Constituição, sendo, portanto, tais questões reputadas como sendo materialmente constitucionais. Faz-se necessário esclarecer que direitos humanos podem ser direitos fundamentais, mas, não quer dizer que sempre o sejam; conforme já exposto no item adotamos a classificação que entende serem “direitos fundamentais” aqueles direitos essenciais ao homem que vêm elencados, positivamente, nas Constituições dos Estados soberanos, enquanto que a expressão “direitos humanos” é usada para indicar todos os direitos reputados essenciais ao homem, independente do fato de estarem ou não positivados em normas constitucionais, que são reconhecidos no âmbito internacional. Quanto a questão relativa ao conceito material de constituição tem-se, pela própria leitura do § 2º do art. 5º, da CRFB, que o rol de direitos elencados no artigo 5º não é taxativo. Inclusive tal ponto foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939-7, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial da União em 18 de março de 1994, relatada pelo Ministro Sidney Sanches, onde foi discutida a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/1993 e da Lei Complementar n.º 77/93, relativas à criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), na qual se reconheceu que o princípio da anterioridade, elencado no art. 150, inciso III, alínea “b” 570, da CRFB, era, por força do art. 5º, § 2º, direito e garantia fundamental do contribuinte, 571.

Dessa feita, tem-se claro que a construção de um conceito material de direitos fundamentais envolve o imperativo de se conhecer a sociedade para quais tais

direitos foram elencados, bem como o contexto axiológico, histórico, político, cultural, social e econômico que a envolvem e que, sem dúvida, vai influenciar no elenco desses direitos. Ingo Sarlet esclarece que da leitura do § 2º do art. 5º da CRFB se podem extrair duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional). Por conseguinte, o princípio da capacidade contributiva se encontra expressa e implicitamente contido no texto constitucional; seus vários contornos, que são reconhecidos pela ordem constitucional de forma expressa, por meio de uma interpretação sistemática, permitem a compreensão de sua estrutura e forma de operação, ou seja, a configuração do princípio da capacidade contributiva, em sua plenitude, em nosso sistema constitucional, só é possível por meio de uma interpretação sistemática do texto constitucional que permitirá o redimensionamento do mencionado princípio, por extrair do conteúdo implícito que se localiza no § 1º do art. 145, como seus balizamentos: justiça e igualdade, como sendo limites inferior e superior e a sua principal preocupação que é a garantia da propriedade. Ora, se os direitos fundamentais podem existir fora do catálogo, e decorrer de princípios e regras adotados pela própria constituição, dúvida não pode haver de que o princípio da capacidade contributiva é um direito fundamental, primeiro porque, decorre de princípios reconhecidos pela própria Constituição como fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana (que aqui aparece nas vertentes: garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário), art. 1º, inciso III, da CRFB; a justiça, art. 3º, inciso I, da CRFB; a igualdade, art. 3º, inciso III e IV, 5º, caput, 150, inciso II, da CRFB; além de ser decorrente do próprio direito fundamental à propriedade reconhecido no art. 5º, inciso XXII, da CRFB, com o qual guarda estreita vinculação.

Ademais, tal princípio engloba função protetiva do contribuinte, sendo detentor da subjetividade ao grau que atribui ao contribuinte o direito de se opor ao Fisco quanto da imposição de medidas que venham a ferir sua capacidade de contribuir, que se manifesta de diversas formas como já demonstrado ao longo do presente estudo. Importante, nesse ponto, lembrar que a capacidade contributiva visa proteger o direito à propriedade, assim o direito a propriedade é uma garantia ao indivíduo de que tudo aquilo que ele conquistou com esforço próprio dele, não podendo ser usurpado por ninguém.

2. CONCLUSÃO

A obra é interessante, pois ao mesmo tempo em que ela discute o conceito de capacidade contributiva, aborda sua relação com princípios constitucionais, demonstrando as características dos direitos humanos: a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade. Cientificando que a capacidade contributiva nasce como um amplo limitador à tributação, sendo um princípio que possui seu fundamento axiológico no sobre princípio da justiça e no princípio da isonomia.

REFERENCIA:

DUTRA Domingues Micaela: Capacidade Contributiva: Análise dos direitos humanos e fundamentais, Brasília, Saraiva, 2008.

Responsabilidade civil nos danos causados por procedimento estético capilares com aplicação de formol

**TAMARA LAÍSE MARQUES
FILGUEIRAS TEIXEIRA:** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

**KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
(orientadora)[\[1\]](#)**

RESUMO: Pretende-se por meio deste estudo, abordar a temática da responsabilidade civil nos danos causados pelo formol em procedimentos estético-capilares. Que são comumente conhecidos como escovas alisantes, selagens e botox, tendo, no mercado, diversas variações de nomenclaturas. Para tanto, parte-se da análise das leis e determinações dos órgãos que regulam a liberação de substâncias presentes nos produtos cosméticos, como a ANVISA; bem como a pesquisa sobre as formas de responsabilidade, dano estético e a forma de indenização, nas legislações disponíveis, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e em doutrinas que tratam sobre estes temas. Utiliza-se um método de abordagem dedutivo, baseado em leitura e pesquisa legal e doutrinária, para a formação e compilação do conhecimento, afim de estabelecer a formação de uma conclusão satisfatória quanto á responsabilidade dos salões para com os clientes.

PALAVRAS-CHAVE: **Dano estético, Formol, Responsabilidade Civil, Consumidor, Prestação de serviço, Dano.**

ABSTRACT: The aim of this study is to address the issue of civil liability in the damages caused by formaldehyde in esthetic-capillary procedures. They are commonly known as straightening brushes, seals and botox, having on the market several variations of nomenclatures. To do so, it starts with the analysis of the laws and determinations of the bodies that regulate the release of substances present in cosmetic products, such as ANVISA; As well as the research on the forms of liability, aesthetic damage and the form of indemnification, in the available legislations, Civil Code, Code of Consumer Protection and in doctrines that deal with these subjects. A method of deductive approach, based on reading and legal and doctrinal research, is used for the formation and compilation of knowledge, in order

to establish a satisfactory conclusion regarding the responsibility of the salons to the clients.

KEY WORDS: Esthetic Damage, Formol, Civil Liability, Consumer,

Provision of Services, Damage.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 2.ALISANTES:PROIBIÇÕES E PERMISSÕES 3.ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO ADVINDO DO USO INDEVIDO DO FORMOL 4.ABORDAGEM SOBRE O DANO ESTÉTICO 5ABORDAGEM DO DANO NA ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 5.1.Direito De Informação 5.2.Publicidade 6.RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE 7.RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SALÕES DE BELEZA (TJ-SP - Apelação APL 00066474120118260417 SP 0006647-41.2011.8.26.0417 (TJ-SP).Data de publicação: 17/06/2015) Encontrado em: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. TRATAMENTO CAPILAR. QUEDA DE CABELO (TJ-PE - Apelação APL 4072277 PE (TJ-PE) Data de publicação: 17/03/2016) (TJ-RS - Apelação Cível AC 70054512199 RS (TJ-RS) Data de publicação: 27/09/2013) Considerações Finais 1.REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Diante de um cenário com evolução presente em todos os campos de atuação, e uma preocupação cada vez maior com a longevidade, saúde, estética e bem-estar populacional, em todas as partes do mundo, o comércio da beleza se reinventa a cada dia buscando atender a um público com um nível de exigência cada vez mais elevado.

A relação de consumo vem se ampliando, principalmente na sociedade moderna, com uma preocupação crescente acerca da estética, nas suas mais variadas facetas. Aí entra a necessidade da garantia de segurança nos polos da relação de consumo, diante de uma prestação de serviço por salões de beleza.

A proposta deste artigo é elucidar os consumidores sobre seus direitos frente a prestações de serviços de beleza, que são parte do cotidiano das mulheres de todas as classes sociais e de todas as localidades ao redor de sua comunidade.

É importante frisar a segurança inerente ao processo de transformação da imagem aliada a prestação de serviço por estabelecimentos, bem como reforçar a necessidade de segurança na utilização de produtos que podem lesar não só a aparência daqueles que se submetem a um tratamento estético, mas também à saúde, que está diretamente relacionada com a utilização do formaldeído por salões de beleza.

Hodiernamente, mesmo com as regulamentações expressas quanto à fabricação de produtos cosméticos, sua colocação no mercado e a forma de utilização pelos centros de estética, existe a presença indevida do formol em proporções diversas das autorizadas; fator de risco tanto para a relação de consumo, pois pode gerar alteração no resultado contratado, quanto à saúde, visto que pode gerar danos mais ou menos graves ao consumidor.

Tudo aquilo que cerca a vida prática é de relevância par estudos que transformem a forma de enxergar determinadas situações, e norteiam decisões e entendimentos do nosso ordenamento jurídico, o qual traz relação direta com a forma comportamental da sociedade ao longo dos tempos.

2 ALISANTES: PROIBIÇÕES E PERMISSÕES

Para iniciar, nada melhor do que definir o que seria um tratamento estético-capilar. Trata-se de qualquer procedimento feito nos cabelos, com o intuito de tratar os fios, melhorar sua aparência, mudar o estilo, ou combater algum fator, como a queda por exemplo. O objeto do estudo em questão é o tratamento estético, ou seja, com função de transformação ou melhoramento da aparência, com a aplicação do formaldeído, que é comumente conhecido como formol.

Os produtos que contém essa substância no mercado são os alisantes. Possuem estes diversos nomes: escova de chocolate, escova marroquina, escova de argan, escova de ouro, blindagem, selagem capilar, dentre outros.

Existem ainda os que se denominam como, botox, realinhamento capilar, preenchimento capilar, blindagem capilar, etc.; estes por vezes não contém propriamente o formol, mas possuem uma substância, denominada ácido Glioxílico, que, quando aquecido, libera formol; sendo, portanto, também proibida a sua utilização.

Como o objeto deste estudo é o formol em sua forma pura, e a abordagem de informações sobre seu uso e restrições possíveis danos e normas pertinentes. É interessante discorrer sobre as bases normativas de fabricação, autorização e comercialização dos produtos com formaldeído. Em primeiro lugar, conhecer quem produz as normas e legislações sobre o tema, estando nesse patamar a ANVISA e o Ministério da Saúde. Trazido na forma de várias resoluções e guias publicados por esses órgãos, as resoluções destes institutos de fiscalização e liberação trazem o fator responsabilidade para os fabricantes dos produtos de ordem cosmética em geral, em que os mesmos atestam, ao assinar a documentação de inserção no mercado a segurança destes. Neste sentido:

A avaliação da segurança deve preceder a colocação do produto cosmético no mercado. A empresa é responsável pela segurança do produto cosmético, conforme assegurado pelo Termo de Responsabilidade apresentado, onde a mesma declara possuir dados comprobatórios que atestam a eficácia e segurança de seus produtos (Resolução 79/00, Anexo XXI e suas atualizações). (Guia de Orientação para Avaliação de Segurança de Produtos Cosméticos, p. 07)

O guia da produção de cosméticos publicado no ano de 2013 pela ANVISA traz a orientação de que não existe a possibilidade do afastamento integral do risco, porém traz algumas regras que amenizam o potencial acontecimento do mesmo.

Algumas delas seriam a formulação dos produtos com ingredientes referenciados e seguros, quais seriam os aprovados pela ANVISA, deixar uma margem de segurança entre o nível de risco e o nível de uso do produto, assim a chance de ocorrência do dano, seria reduzida, informar o consumidor, de maneira clara, a fim de evitar que este utilize mal o produto e ainda seguir as boas práticas

de fabricação e controle expressamente trazidas no Guia de Orientação para Avaliação de Segurança de Produtos Cosméticos, publicado pelo já referido órgão.

Sobre a questão das possibilidades de riscos que o guia traz, existem subdivisões características, que para o trabalho de caracterização como dano estético têm de real importância. São estas:

- **Irritação:** intolerância local podendo corresponder a reações de desconfortos menores, mas também a reações mais ou menos agudas, variando sua intensidade, desde ardor, coceira e pinicação podendo chegar até a corrosão e destruição do tecido. Todas estas reações se restringem à área em contato direto com o produto;

- **Sensibilização:** corresponde a uma alergia, que é uma reação de efeito imediato (de contato ou, urticária) ou tardio (hipersensibilidade). Ela envolve mecanismos imunológicos e pode aparecer em outra área, diferente da área de aplicação. Portanto, é importante insistir que no campo da imunologia deve-se, não apenas, verificar se um produto pode desencadear uma resposta alérgica em pessoas pré-sensibilizadas, mas também, verificar se o próprio produto não é capaz de induzir uma reação alérgica ao consumidor;

- **Efeito sistêmico:** resultante da passagem de quaisquer ingredientes do produto para a circulação geral, diretamente por via oral, inalatória, transcutânea ou transmucosa, metabolizados ou não. Vê-se aqui a necessidade de avaliar o risco dos ingredientes que constituem a fórmula. (Guia de Orientação para Avaliação de Segurança de Produtos Cosméticos, p. 10, 11)

A relação de interligação entre eles dá-se pelo motivo de que o formol pode causar reações de todas as espécies supracitadas ao consumidor que recebe sua aplicação. Portanto, é importante a observação e diferenciação de todas as supracitadas, mesmo todas elas caracterizando por si só a vertente do dano estético.

Pode-se então observar pelas transcrições do guia de produtos estéticos, que são muitas as recomendações, análises, testes e requisitos exigidos para a inserção de um produto no mercado. Então sobre a questão do formol analisada neste artigo, fica um questionamento de como poderia gerar danos se para um produto circular nos comércios e salões são exigidas tantas certificações.

É simples, o formol não é autorizado pela ANVISA como produto químico de composição para formulação de produtos estético-capilares. A forma e porcentagem como o órgão libera a presença dessa substância nos produtos para cabelo é baixíssima e apenas a título de conservação do próprio produto, não para que este seja parte de ativos que façam algum tipo de reação com os cabelos onde serão aplicados.

Pode-se aferir isto com base no que a ANVISA traz como explicação acerca do formol e sua aplicação no seguinte trecho:

Formol/ Formaldeído:

- O formol é uma solução de formaldeído, matéria-prima com uso permitido em cosméticos nas funções de conservante (limite máximo de uso permitido 0,2% - Resolução 162/01) e como agente endurecedor de unhas (limite máximo de uso permitido 5%). [...]
- [...] O uso do formol com função diferente das citadas e em limites acima dos permitidos pode causar danos à saúde, não podendo ser usado em produtos cosméticos. (Resolução 79/00 Anexo V, ANVISA,2005)

Seguindo ainda dentro da linha das especificações dadas pela ANVISA, existem descrições de riscos de lesões que o formol pode trazer à saúde de forma geral, não só na parte externa, mas também interna do organismo. O fato de existirem determinadas advertências de risco, na tese desenvolvida por este artigo, por si só, já gera a responsabilidade daquele que descumpra as normas a respeito da proporção deste ingrediente dos produtos que fabrica. Existe uma lista disponibilizada pelo referido órgão com alguns dos problemas e riscos que o formaldeído pode gerar em contato com o organismo.

Se em contato com a pele, possui efeito tóxico, e pode causar irritação, vermelhidão, dor e até queimaduras. Em contato com os olhos, causa irritação, vermelhidão, dor, lacrimação e visão embaçada. Em altas concentrações, pode gerar danos irreversíveis. Sendo o produto inalado, mesmo que apenas através da fumaça que o procedimento libera, pode gerar câncer no aparelho respiratório. Pode causar também, dor de garganta, irritação no nariz, tosse, diminuição da frequência respiratória; ferimentos nas vias respiratórias levando a formação de edema pulmonar e pneumonia.

A exposição de forma crônica à esta substância, de forma frequente ou prolongada, pode gerar hipersensibilidade, que causam dermatites, reações alérgicas, debilitação da visão e o aumento do fígado. Nos casos das escovas disponíveis no mercado com a concentração de formol acima da permitida, a aplicação desta pode gerar queda capilar em menor ou maior grau. Vale ainda ressaltar que, os danos mencionados, não atingem apenas as pessoas que se submetem ao procedimento capilar, mas também ao profissional que os realiza, visto que está, também, em contato direto com o produto e os gases que este emite.

O formaldeído é considerado pela OMS (Organização Mundial de Saúde) como substância cancerígena, baseado em pesquisas de quatro institutos ligados ao órgão e seguindo a lista publicada no próprio site da OMS, e pode, além dos problemas já citados, causar, quando absorvido pelo organismo, câncer na boca, nas narinas, no pulmão, na cabeça e no sangue.

Posto isso, o risco que o formol apresenta, não se restringe unicamente ao consumidor que se submete ao tratamento capilar nos salões, mas também ao profissional que trabalha diariamente com a aplicação da substância. Porém, neste artigo, o foco estará apenas na responsabilidade do salão que faz uso desta substância nos clientes que procuram tratamentos para os cabelos.

Vale ainda ressaltar que, o desvio de finalidade deste produto, sendo ele acrescentado em dose maior que a permitida na legislação, em produto pronto para uso, divergindo da finalidade de conservação da dosagem autorizada, caracteriza crime hediondo, tipificado no código penal brasileiro em seu artigo 273, dizendo em seu caput, que, falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais é crime punido com reclusão de dez a quinze anos

e multa. Comete o mesmo crime a pessoa que venda, importe, exponha à venda, tenha em depósito ou distribua e entregue para consumo, produto que esteja falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Este seria o caso de quem coloca na composição, depois de aprovado pelo órgão fiscalizador, quantidade extra de formol para potencializar o efeito do alisamento.

O parágrafo 1º-A deste mesmo artigo, trata mais especificamente dos produtos de beleza quando diz que, incluem-se entre os produtos a que se refere o artigo, os medicamentos, as matérias primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnósticos.

Responderão pela mesma pena já citada, as pessoas que praticarem as referidas condutas em qualquer das condições listadas no artigo 273, sendo exemplos: estar sem registro, quando exigível para o produto, no órgão da vigilância sanitária competente, ou possuir fórmula incompatível com as autorizações deste órgão.

Ao fim do exposto, uma dúvida é se existiria alguma forma segura de alisar os cabelos. A resposta é sim. Existe uma lista disponibilizada, também pela ANVISA, com substâncias que são de destinação própria para o alisamento capilar e que, de acordo com os estudos já realizados, são seguras e, de modo geral, não causam danos ao cliente nem ao profissional que entram em contato com elas; observando-se claro, as devidas precauções de uso e recomendações expostas nas embalagens pelos fabricantes.

Existem substâncias ativas específicas com propriedades alisantes permitidas pela legislação, como: o ácido tioglicólico, hidróxido de sódio, hidróxido de potássio, hidróxido de cálcio, hidróxido de lítio, hidróxido de guanidina. (ANVISA, 2005).

3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO

ADVINDO DO USO INDEVIDO DO FORMOL

Para um melhor entendimento da matéria discutida, se faz necessária uma elucidação sobre pontos base, como o que seria, de fato, a responsabilidade civil, da forma como é aplicada hodiernamente pelo ordenamento jurídico.

Cavaliere Filho (2010, p. 2) traz um importante apontamento sobre a diferenciação entre obrigação e responsabilidade, que por vezes podem ser confundidas entre si, mas de fato, uma deriva da outra. Segundo o autor, a responsabilidade é o dever jurídico que deriva do principal, a obrigação.

É trazida essa diferenciação também pelo nosso Código Civil vigente, em seu artigo 389 estabelecendo que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Fica então nítida a diferenciação entre os dois institutos jurídicos. A partir daí, pode-se trabalhar separadamente com a conceituação de responsabilidade civil, que deriva do ato jurídico, posto que só pode esta, existir, se houver a prática de um fato que gere efeitos, de alguma forma, no mundo jurídico.

A já referida responsabilidade surge de um ilícito. Diferentemente da esfera penal, esse ato infringe regras de direito privado, conseqüentemente, os efeitos que geram são de natureza diversa. O descumprimento de algo pré-estabelecido, ou a prática de ato previamente proibido, faz com que surja a necessidade de se responsabilizar o autor da ação, a fim de reparar os danos causados a outrem. Segundo o posicionamento doutrinário do referido autor:

Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15)

A responsabilidade civil tem como elementos formadores da mesma a conduta ou ato do indivíduo, o nexo de causalidade e por fim o dano ou prejuízo. Em relação a culpa, temos que esta não se enquadra como um elemento geral da responsabilidade civil, sendo por sua vez um elemento acidental.

O elemento inicial da responsabilidade civil (conduta ou ato do indivíduo) tem como essência a voluntariedade, podendo esta ser dada de forma positiva, ou seja, através de uma ação, ou de forma negativa, que por sua vez será dada mediante uma omissão, sendo ambas as formas adotadas de maneira consciente pelo agente.

O nexo de causalidade, como o próprio nome já sugere, é o vínculo existente entre o ato ou conduta do indivíduo e o dano causado.

O último dos três elementos gerais que fundamentam a responsabilidade civil, o dano trata-se de uma lesão à um bem ou interesse que possua proteção jurídica, sendo o mesmo patrimonial, que nos remete ao dano material, ou também extrapatrimonial, sendo este então denominado de dano moral

O Professor Álvaro Villaça de Azevedo define dano da seguinte maneira:

(...) a palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política etc.); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral. (VILLAÇA,1998, p. 238)

Na mesma linha do raciocínio apresentado, é de grande valia apresentar a definição utilizada pela ilustre Professora Maria Helena Diniz,

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. (DINIZ, 2007, p. 59)

Assim como apontado anteriormente, a natureza do bem juridicamente tutelado é que vai definir o tipo do dano, sendo ele então, em uma definição mais simples e limitada, material ou moral. O desenvolvimento do presente trabalho passa também pela análise do dano moral, tendo em vista a relação íntima existente entre o mesmo e o dano estético, objeto deste.

O dano moral tem seus fundamentos baseados numa interpretação conjunta tanto do Código Civil, em específico o artigo 186, quanto na Constituição Federal,

em seu artigo 5º inciso X, dispositivos legais os quais deixam claro a amplitude e expansibilidade do direito do cidadão, não estando o mesmo necessariamente restrito ao plano material e concreto.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral leciona que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONCALVES, 2013, p.359)

Outra corrente conceitua dano moral como o efeito da lesão, e não a lesão em si, como é o caso do festejado doutrinador Yussef Said Cahali que assim o conceitua:

Dano moral é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). (CAHALI, 1998, p.20)

Isto posto, a priori, é possível considerar que o dano moral está vinculado à dor, angustia, sofrimento e tristeza. Entretanto, atualmente restringir o dano moral a estes elementos não é adequado, uma vez que ele se estende a todos os bens personalíssimos e extrapatrimoniais.

A distinção entre o dano moral e o dano material é de fato nítida. Entretanto, ao contrário do que talvez se imagine, o principal fator que distingue ambos, não é

a natureza da lesão, que gerou a o ofensa, mas sim os efeitos da lesão, e a repercussão que a mesma teve sobre o ofendido e sobre seus bens tutelados.

Enquanto no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o status quo patrimonial do ofendido, no dano moral, essencialmente extrapatrimonial, imaterial, a grande questão é a determinação do quantum indenizatório, haja vista ser indeterminável no âmbito financeiro.

4 ABORDAGEM SOBRE O DANO ESTÉTICO

No diapasão dos danos que atingem bens imateriais do ser humano, tem-se o objeto do trabalho em comento, qual seja o dano estético. A palavra estética deriva do grego *aisthesis* e tem como uns dos diversos significados percepção, sensação, sensibilidade, sendo a mesma também um ramo da filosofia que tem por fim o estudo da natureza da beleza e dos fundamentos da arte. A estética seria aquilo que ao olhar julgamos bonito, agradável aos olhos, o que é considerado, beleza. O que decorre da estética tem influência direta nas emoções, e na forma de se comportar dos indivíduos diante das situações; mesmo o padrão de beleza e estética, sendo diferente ao redor do mundo.

Sobre o dano estético, para a doutrinadora Maria Helena Diniz, ele seria uma forma de alteração morfológica do indivíduo, podendo abranger desde pequenas até grandes deformidades, advindas de forma natural, ou não, que causem qualquer tipo de enfeimento daquela pessoa. O dano estético não necessariamente traz alguma incapacidade para a vítima, mas sim desconforto visual, exposição ao ridículo e as vezes um sentimento de inferioridade.

A presença do dano estético não é configurada apenas quando este ocorre em grande proporção, mas também quando é mínimo; bastando que exista diferença entre a forma anterior e a forma ou estado atual do indivíduo. De acordo com Diniz:

Quando falamos em dano estético, estamos falando da ofensa à beleza externa de alguém, ou seja, da integração das formas físicas de alguém. Ele surge a partir de um sentimento de constrangimento ou de humilhação e

desgosto que o lesado tem ao ver que não existe mais a harmonia de seus traços, e que no lugar destes existirá uma marca, mesmo que pequena, que lhe desperte a sensação de inferioridade. (DINIZ, 2007, p. 80)

Tendo como base os ensinamentos apresentados pela professora Maria Helena Diniz, resta claro que a configuração de um dano estético exige que a transformação sofrida pela vítima a deixe com uma imagem verdadeiramente pior do que a que possuía até então.

Para a doutrinadora Teresa Ancona Lopez, dano estético é:

(...) é a lesão a um direito da personalidade - o direito à integridade física, especialmente na sua aparência externa, na imagem que se apresenta. Como todo direito da personalidade, qualquer dano que o seu titular possa sofrer vai ter consequências materiais e, principalmente, morais. Portanto, não podemos conceber prejuízos estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa, a partir do momento da lesão, está menos feliz do que era antes. (LOPEZ, 2004, p.64)

Assim, o dano estético possui uma relação bastante estreita com o dano moral, uma vez que o mesmo acaba por causar na vítima uma série de sentimentos negativos, como tristeza, humilhação, vergonha, frustração, antes não inerentes a sua pessoa, no momento em que esta percebe que sua imagem não é mais a mesma, e essa nova aparência lhe causa, mesmo que minimamente, sensação de desgosto pessoal com seu reflexo diário.

A aceitação, tanto da doutrina quanto do ordenamento jurídico pátrio, da coexistência entre as duas essas modalidades de dano fica clara a partir do momento em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) edita a Súmula 387 estabelecendo que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral”.

Entretanto, além da abordagem a respeito da responsabilidade civil e o entendimento do que vem a ser o dano estético, para o completo desfecho do

trabalho faz-se necessária a análise da natureza jurídica da relação então estabelecida e conseqüentemente dos resultados provenientes da mesma.

Partindo do princípio de que, quando o indivíduo busca uma transformação da sua imagem, sempre há uma referência esperada, ou prometida pelo profissional, conseguimos então fazer relação com uma obrigação de fim.

Ao procurar o serviço, o cliente não espera que o profissional faça o possível para alcançar uma imagem previamente acordada entre ambos, mas sim que projete no resultado final, a expectativa vendida no momento do início do procedimento; e o mais importante, que os elementos saúde e integridade visual e interna sejam mantidos após o tratamento.

Será feita aqui breve explicação sobre o entendimento do que seria o instituto obrigacional supramencionado, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso. (GONÇALVES, 2013, p. 192)

Tem-se então o esclarecimento sobre qual a característica de uma obrigação de resultado e, deste ponto em diante, será tratado o tópico da responsabilidade civil nos procedimentos estético capilares com aplicação de formol que resultam em dano, de forma analógica a cirurgia plástica.

Isso porque, ambas, possuem finalidade estética, e exceto em casos de deformidade física proveniente de fatores externos que requerem cirurgia plástica para reparação, como no caso de queimaduras; a cirurgia plástica, assim como tratamentos capilares, possuem o único intuito de aprimorar a aparência daquele indivíduo que busca o serviço e promover um maior bem-estar diante da imagem pessoal.

Trazida mais uma vez a lição do doutrinador, com a seguinte elucidação acerca das obrigações de resultado com finalidades estéticas:

Na de resultado, em que o objetivo final é da essência do ajuste, somente mediante prova de algum fato inevitável capaz de romper o nexos de causalidade, equiparado à força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, pode o devedor exonerar-se caso não tenha atingido o fim a que se propôs. (GONÇALVES, 2013, p. 192)

A questão agravante, trazida é a de que, além de não atingir o objetivo específico determinado no início, ou seja, a falha no serviço e no resultado obtido, trabalhar-se-á aqui com a hipótese da ocorrência do dano em relação ao cliente. Fator que obriga indenização, não só pelo inadimplemento da obrigação pré-estabelecida, mas também por dar causa a sofrimento interno e deterioração da percepção de imagem pessoal.

Sendo o cliente, a figura do consumidor segundo a definição do código de defesa do consumidor “Art. 2º- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (Art. 2º, CDC), seu direito se encontra resguardado não só na responsabilidade civil de indenizar trazida pelo código civil e pelas teorias doutrinárias, existe também um princípio relacionado ao Código de Defesa Do Consumidor, denominado reparação integral, que se trata do princípio relativo á reparação de danos causados, onde se um consumidor sofre um dano, a reparação que lhe é devida deve ser a mais ampla possível e abranger efetivamente todos os danos que foram causados.

Expor-se-á o ensinamento da ilustríssima Teresa Ancona Lopez na relação de analogia entre o cirurgião plástico e o profissional qualificado da área da beleza:

(...) na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico. Caso contrário, não adiantaria arriscar-se a gastar dinheiro por nada. (...) a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas. (O DANO ESTÉTICO, 2004, p. 91)

Portanto, depois de todo o exposto, entende-se que realmente existe embasamento para a discussão da aplicação do princípio da responsabilização cível em relação ao dano causado, tanto amparada pelo código de defesa do consumidor, pela natureza jurídica da relação entre as partes quanto pelo código civil.

5 ABORDAGEM DO DANO NA ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1. Direito De Informação

Um dos maiores problemas enfrentados pelo consumidor quando se submete ao tratamento capilar, é que, na maioria das vezes, não sabe de fato qual a composição do produto, ou, pela variação de nomes e propagandas existentes no mercado, propagaandas, acredita estar recebendo aplicação de produto que não contém formol acima das proporções devidas. Na realidade, na linguagem popular, o consumidor imagina estar usando um produto sem formol.

Diante disto, é de suma importância o uso do direito que o CDC garante quanto à informação. Além de evitar dúvidas e inseguranças, é possível prevenir possíveis problemas em relação a mistura de composições químicas incompatíveis nos cabelos e a utilização de produtos em desacordo com as quantidades permitidas pelas normas.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O direito à informação trazido, está diretamente relacionado com o princípio da transparência de que trata o artigo 4º do CDC, garantindo além da transparência a harmonia nas relações de consumo. O indivíduo deve ter o direito de submeter-se ou não a determinado procedimento estético, mediante conhecimento de todos os benefícios e possíveis riscos.

De fato, pode-se entender então que a junção destes dois princípios são elementos caracterizadores da vinculação do produto ou serviço que está sendo oferecido. O risco, as características, qualidades, dentre outras características, devem ser informados em momento anterior à contratação e realização de qualquer procedimento. Já que, se informados posteriormente diante de uma lesão já sofrida, não exerceria mais a sua função originária.

5.2. Publicidade

É inegável que a publicidade é o meio pelo qual as indústrias e o comércio ganham os consumidores. Enchem seus olhos com garantias de resultados, melhores serviços, facilidades, etc., mas qual é a limitação e a responsabilidade atribuídas à publicidade?

Trazida aqui uma breve definição do que seria a mesma nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior; publicidade seria:

(...) o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direto ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços (NUNES JÚNIOR, 2001, p. 22-23).

Existe diferenciação entre publicidade e propaganda, sendo a primeira atividade realizada a fim de promover e auferir valores monetários, e a segunda desprovida deste intuito, destinando-se primordialmente a divulgar ideias, opiniões, etc. Porém, para fins de facilidade didática, e melhor entendimento, será utilizada neste trabalho a palavra propaganda como a população de forma geral costuma utilizar. Que seria atividade de promover e vender algo, seja produto ou serviço.

Retomando o foco da responsabilidade da “propaganda” no CDC, ele é bem claro quanto à responsabilidade que o fornecedor, vendedor, comerciante traz para si quando realiza a propaganda de determinado produto, devendo este demonstrar os riscos do mesmo na embalagem, de forma clara e compreensível ao consumidor.

Faz referência também ao fato de que se obriga quanto ao fim por ela prometido quando a pessoa adquire o produto ou serviço em função do

convencimento pela propaganda. Esta por sua vez não pode ser falsa, enganosa, nem omissa, quanto aos detalhes pequenos ou não da prestação de serviço ou produto ofertados, sob pena de nulidade da cláusula contratual que a fizer com um destes vícios.

Incorre também em ilícito penal aquele que, na publicidade, fizer omissão de dizeres ou sinais ostensivos quando á periculosidade e nocividade à saúde do produto que está expondo à venda. Aí, encaixa-se aquele que, fabricando e comercializando produto com formaldeído, altera a informação da sua proporção na fórmula, ou ainda omite a sua presença no produto do rótulo; que é a única maneira de informação que o cliente tem acesso acerca daquele determinado produto.

O artigo 36 do CDC diz que a publicidade deve ser veiculada de uma forma que o consumidor possa imediatamente e facilmente a identificar. O fornecedor deve, na publicidade de seus produtos ou serviços, manter em seu poder as informações para os legítimos interessados, contendo dados fáticos, técnicos e científicos que sustentam a mensagem que está passando.

É proibida, de acordo com o artigo 37 do referido código, qualquer forma de propaganda enganosa ou abusiva; caracterizando-se como tal qualquer veiculação de caráter publicitário que seja parcial ou totalmente falso, ou que até mesmo por omissão, seja capaz de induzir a erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço, ou quaisquer outros dados e características acerca do produto ou serviço.

A modalidade omissa é quando a publicidade deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. É punido com detenção de seis meses a dois anos e multa, aquele que omite sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, invólucros, recipientes ou publicidade, em concordância com o artigo 63 do Código de Defesa do Consumidor.

Acerca da rotulagem dos produtos o primeiro passo que o consumidor deve realizar é procurar do rótulo da embalagem se o produto é autorizado pela ANVISA. Todos os salões de beleza devem dar ao cliente o direito de ler o rótulo daquilo que será utilizado no procedimento, devido ao princípio da garantia de informação.

É fácil saber se existe ou não registro na ANVISA, todos os que tem autorização para circular no mercado, possuem um número de registro que se inicia pelo numeral 2 e terá 9 ou 13 dígitos. Outra possibilidade é encontrar o número do processo, que se inicia pelo numeral 2 e terá 15 ou 17 números.

Essas são recomendações dadas para identificação, no próprio site da ANVISA, que ainda recomenda a denúncia de qualquer produto que não contenha esta numeração na rotulagem. O referido site, também disponibiliza uma área para pesquisa aberta ao consumidor, onde este pode pesquisar se o produto que vai adquirir ou utilizar está no rol dos permitidos pelo órgão.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE

A função da responsabilidade civil é a de proteger a parte vulnerável na relação de consumo, dos eventuais abusos, irregularidades ou danos que vierem a ser causados ou que possam decorrer da relação entre o fornecedor e o consumidor.

A relação de consumo é composta pelo consumidor final do produto ou serviço, de acordo com a teoria finalista, adotada de forma majoritária pelo ordenamento, e do fornecedor do produto ou serviço. De acordo com o artigo 3º do CDC:

Art. 3º do CDC- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O fabricante, tratado neste tópico, é aquele responsável pela efetiva criação do produto. O vício em seu produto que cause ou não dano ao consumidor, deve ser por ele reparado assim como prevê o Código de Defesa do Consumidor. Segundo Rizzatto Nunes:

Considera-se vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios característica que impede seu consumo ou uso inadequados

podem ser utilizados, com eficiência reduzido o consumo a que se destina e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. (NUNES, 2000, p. 278)

Como já mencionado neste artigo, a propaganda, obriga aquele que a faz, nos termos utilizados para captar o consumidor. Logo, a mensagem publicitária que garante a não existência de formaldeído em seu produto, quando na verdade, este o contém em quantidade superior á permitida, gera vício no produto ofertado; fato que por si só faz nascer a responsabilidade civil para o fabricante em relação aos consumidores.

O código de Defesa do Consumidor engloba a responsabilidade do fabricante de diversas formas, dentre elas, no artigo 12, expondo que, o fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro e o importador, respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por qualquer defeito decorrente de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização do produto e seus riscos.

O produto é tido como defeituoso quando não oferecer a segurança esperada que se espera dele, levando em consideração, para isso circunstâncias como a sua apresentação, sua forma de uso e os riscos razoáveis esperáveis deste.

Respondem de forma solidária, pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornar o produto impróprio para consumo, os fornecedores de produtos duráveis ou não duráveis. Classificados no parágrafo sexto do artigo 18 do CDC estão os tipos de produtos impróprios para consumo onde se encontram aqueles nocivos à saúde, perigosos, ou ainda aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SALÕES DE BELEZA

A responsabilidade referente aos salões de beleza em si, é um tema relativamente novo, visto que o ordenamento vai se adequando á medida que as necessidades da sociedade vão surgindo. Apesar de estes estabelecimentos existirem há muitos e muitos anos, a demanda em relação á danos causados por eles, ainda é de certa forma recente. A maioria, portanto, da base legal neste tópico, é jurisprudencial.

O presente artigo abrange os salões de beleza de forma geral, como sendo este o responsabilizado pelo dano, sem a subjetivação da pessoa em si que efetuou a prestação de serviços, mas sim a responsabilidade do estabelecimento quanto ao acidente de consumo.

O CDC traz a forma de responsabilidade quanto ao prestador de serviços em seu artigo 14 ensinando que este responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos que causar aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviço, bem como pela insuficiência das informações sobre os possíveis riscos.

O serviço seria considerado defeituoso quando não fornecer a segurança que o consumidor poderia esperar, levando-se em consideração circunstâncias relevantes como o modo do fornecimento do serviço e os resultados e riscos razoavelmente esperados. A adoção de novas e diferentes técnicas, não caracteriza o serviço como defeituoso, desde que, estejam em acordo com padrões de segurança e sejam condizentes com a normalidade para o tipo d serviço oferecido.

Como o Salão é um fornecedor de serviços estéticos, pode-se então aduzir que, sua responsabilidade quanto ao serviço prestado é objetiva, devendo, independentemente da análise de culpa, indenizar aquele que sofreu lesão em razão do fato de serviço. Só não será, este responsabilizado, na hipótese do já referido artigo 14 em seu parágrafo 3º “ § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Outro ponto é a culminação do dano moral, adjunta ao dano estético, que já restou entendido e demonstrado neste artigo, que são entidades diversas. A

maioria dos Tribunais vem entendendo que o fato de ter os cabelos danificados, por si só gera sofrimento, devendo também ter sua parcela de indenização.

O estabelecimento arcaria então, com as duas modalidades de dano, quando do acidente de consumo em relação ao formaldeído; isto se, não resultar fato mais gravoso qualificando a lesão corporal simples ou grave, mediante a aplicação do formol. Se este for o caso, além da ação civil de reparação de danos, responderá penal e independentemente.

Na sequência serão apresentados julgados em relação ao tema e seus respectivos embasamentos nas condenações concedidas, para o fechamento da tese de responsabilidade do salão quanto á prestação de serviços estético-capilares com a aplicação do formol. Este é o entendimento do Egrégio Tribunal de São Paulo:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS –
PROCEDIMENTO DE ESCOVA PROGRESSIVA
– **QUEDA DE CABELOS** - Ação de indenização por danos materiais e morais - Relação de consumo configurada - Inversão do ônus da prova - Requisitos presentes – Fornecedora que não se desincumbiu de seu ônus probatório de provar a ocorrência de culpa - Prestação de serviços defeituosa - Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – Sentença mantida – Recurso improvido.

(TJ-SP - Apelação APL 00066474120118260417 SP

0006647-41.2011.8.26.0417 (TJ-SP). Data de

publicação: 17/06/2015)

Na supracitada apelação, a requerida foi condenada ao pagamento de R\$ 65,00 reais a título de danos materiais e a R\$ 500,00 reais a título de danos morais em razão da queda de cabelos sofrida após se submeter a procedimento de escova progressiva. Produto presente no mercado com formaldeído. No referido caso, a ré não provou os fatores excludentes da responsabilidade, sendo, portanto, condenada ao pagamento das importâncias já mencionadas. Também segue o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. ESCOVA PROGRESSIVA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. **QUEDA DE CABELO** E REAÇÃO ALÉRGICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. A parte recorrente pede provimento ao recurso alegando que inexistente falha na prestação de serviço, sendo a **queda de cabelo** culpa exclusiva da autora, esta que supostamente fez uso posterior de produtos e tratamentos não indicados pela ré. Restou comprovada pela autora que o dano capilar ocorreu logo após o tratamento efetuado pela ré, o que se verifica na conversa acostada nas fls. 33/37. Visto que a parte recorrente não comprovou a alegação de que a **queda** ocorreu por uso posterior de produto inadequado, constata-se a culpa exclusiva da ré pelos danos causados à autora. Relação de consumo, onde há inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. Cabível, portanto, a condenação da ré à indenização por danos morais, em quantum de R\$ 2.000,00 que não merece ser minorado, visto que aquém aos parâmetros das Turmas Recursais Cíveis. O dano material de R\$ 306,02 resta mantido, pois suficientemente demonstrado que o dispêndio decorreu em virtude da falha no serviço prestado pela recorrente e do dano subsequente. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

(Recurso Cível Nº 71004662805, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 28/10/2014).

Na decisão acima, mantém-se também nos votos dos relatores, menções aos danos morais sofridos decorrentes da queda de cabelo pelo serviço, e da responsabilidade trazida pelo CDC quanto à prestação de serviços e de que, foi esta, que originou o problema em questão. Agora segue-se o posicionamento do Tribunal de Pernambuco:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. TRATAMENTO CAPILAR. **QUEDA DE CABELO**. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 12, CDC. DANO MORAL IN RE IPSA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Conforme o art. 12 do Código do Consumidor, o fabricante responde objetivamente pelos danos decorrentes de acidentes de consumo, causados por produtos que não se apresentam com a qualidade e segurança que deles se podia legitimamente esperar. 2. Manutenção da indenização relativa ao dano moral, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a qual fixou seu valor em R\$ 7.000,00 (sete mil reais). 3. Recurso não provido. Decisão unânime.

Encontrado em: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. TRATAMENTO CAPILAR. **QUEDA DE CABELO** ([TJ-PE - Apelação APL 4072277 PE \(TJ-PE\)](#) **Data de publicação: 17/03/2016**)

A apelação acima possui o teor um pouco diferente das anteriores por se tratar de responsabilização do fabricante, também trazida neste artigo, porém não objeto principal dele. O fato é enquadrado no artigo 12 do CDC responsabilizando o fabricante pela inadequação e inobservância das normas estabelecidas quanto aos padrões de produção e circulação dos produtos cosméticos. Ainda, é o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Reconhecida a ilegitimidade passiva da codemandada Griff do **Cabelo**, pois se trata apenas do nome fantasia do salão de beleza de propriedade pessoa física

codemandada, inexistindo qualquer indício da existência de personalidade jurídica. Inexistindo personalidade jurídica, sequer se tratando de empresa individual, inviável sua manutenção no polo passivo da demanda. Ausência de condenação da autora ao pagamento dos ônus de sucumbência em relação ao codemandado ilegítimo, considerando a teoria da aparência e o princípio da causalidade. RESPONSABILIDADE CIVIL. FATO DO SERVIÇO. TRATAMENTO DE "PLÁSTICA CAPILAR". UTILIZAÇÃO DE **FORMOL**. VEDAÇÃO PELA ANVISA. DANOS AOS **CABELOS** DA AUTORA. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. VALOR DA CONDENAÇÃO. Conjunto probatório dos autos que demonstra a ocorrência de evento danoso decorrente de fato de serviço, consubstanciado em tratamento capilar com o uso de **formol** - diferente do desejado pela consumidora e vedado pela ANVISA - deixando os **cabelos** da autora danificados, com aspecto ressecado, com fios quebradiços, perda de **cabelo** e diminuição de volume, necessitando de tratamento dermatológico para recuperar a qualidade dos **cabelos**. Configuração do dever de indenizar. Danos morais in re ipsa. Valor da indenização (R\$ 5.000,00) mantido, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observada a natureza jurídica da condenação e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECONVENÇÃO. OFENSAS VERBAIS. DISCUSSÃO MÚTUA ACERCA DO RESULTADO DO TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE ILÍCITO E DE DANO. Mantida a improcedência do pedido reconvenicional, uma vez que a discussão havida entre as partes foi mútua, decorrente do desacordo quanto ao resultado do tratamento capilar e da legítima pretensão da autora/reconvinda quanto à restituição do valor pago, restrita às partes via telefone,

não se mostrando a divergência comercial capaz de violar os direitos da personalidade.

(TJ-RS - Apelação Cível AC 70054512199 RS (TJ-RS) Data de publicação: 27/09/2013)

A decisão acima reforça o referido no artigo no sentido de responsabilização dos salões que fazem uso dos produtos em desacordo com as normas estabelecidas pela ANVISA e a obrigação dos mesmos em reparar os danos causados aos clientes quando da utilização inadequada do formaldeído.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto, pode-se aferir então que, de fato, existe a responsabilidade civil quanto aos danos estéticos, em todas as suas formas, leve ou grave. A responsabilidade de indenizar é indiscutível, diante do caso concreto, de acordo com os apontamentos doutrinários trazidos.

A responsabilidade do salão é quanto à prestação do serviço que gera dano ao consumidor, quando o serviço possui vício que lesiona o consumidor de qualquer forma, este deve indenizá-lo. Diante disto, aquele profissional que no estabelecimento de beleza, aplica produto com quantidade superior de formaldeído, deve ser responsabilizado, pois, deveria saber, por desenvolver atividade específica e técnica da área, da lesividade do produto, obrigando-se perante o consumidor, nesta situação.

O fabricante também pode ser responsabilizado, pelo produto que é posto em circulação, que está em desacordo com as determinações legais. AA responsabilidade aumenta diante de propaganda enganosa, quando expõe que não possui a substância formaldeído, quando na verdade, ela está, não só inclusa na fórmula, mas também em quantidade superior àquela permitida.

Por fim, o dano requerido pelo cliente, polo hipossuficiente da relação de consumo, pode haver modalidades diferentes. O consumidor do serviço pode, requerer tanto a indenização por danos materiais, pelo valor gasto no tratamento que não obteve o resultado proposto quando da contratação do serviço; pode pedir danos morais, pois sofre transtornos inegáveis quando não obtém os resultados

esperados e ainda sai lesado, que foi o ponto em análise neste artigo e ainda, cumulativamente, a indenização por dano estético, visto que é reconhecido, atualmente, como modalidade autônoma de dano, sendo ele justificado pela alteração física e visível no indivíduo que altera seu estado, em menor ou maior grau, para pior após receber um tratamento estético.

1 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de Direito Civil: Teoria das Obrigações**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 238 p. Ed rev.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA. . **Escova Progressiva, Alisantes e Formol**. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Ministério da Saúde. **Formol e Glutaraldeído como alisantes: Diga NÃO ao uso indevido**. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA: **Guia para Avaliação de Segurança de Produtos Cosméticos**. Brasília: Unidade de Divulgação, 2003. 47 p. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA. Ministério da Saúde. **Orientações sobre alisantes**. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA. Ministério da Saúde. **Rótulos de cosméticos**. Disponível em: . Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 v. IV.

INCA. Ministério da Saúde. **Formol ou Formaldeído**. Rio De Janeiro. Disponível em: . Acesso em: 19 abr. 2017.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev, amp e atual conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Felipe Peixoto Braga, **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. Bahia: Podivm, 2010, páginas 55,81.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 22-23.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 278.

ONU. **WORLD HEALTH ORGANIZATION**. Disponível em: . Acesso em: 19 abr. 2017.

NOTA:

[1] Professora da Faculdade Católica do Tocantins; Mestre em Direito pela Universidade de Marília; E-mail: [\[email protected\]](#)

DA PUBLICIDADE ABUSIVA: A PUBLICIDADE ABUSIVA E SEU IMPACTO NO MEIO AMBIENTE

ANA CLAUDIA MERLOTTO DOS SANTOS:
Técnica em Agropecuária. Acadêmica na
Universidade Brasil - Fernandópolis.

ERICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS

(Orientadora)

RESUMO: Atualmente, as práticas de publicidade abusiva causam diversos transtornos que prejudicam o meio e intensifica os problemas ambientais gerando danos a vida na Terra. Por tamanha importância destas, foram criadas diversas leis a fim de delimitar as práticas exageradas de propagandas e conseqüentemente aumentar a consciência ambiental. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor há a proteção de qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário ilícito, defendendo também das praticas abusivas quanto ao meio em que se vive. Então a publicidade tem que ser sustentável e pautada na honestidade não devendo desrespeitar valores ambientais entre outros expostos na lei. Para o oferecimento de qualidade de vida, é necessário que os fornecedores tenham controle sobre ações publicitárias poluidoras quanto ao espaço público, já que este se transforma numa exacerbada comunicação visual que direta ou indiretamente afeta a vida das pessoas em forma de poluição. Portanto, atualmente encontram-se diversos problemas referentes à publicidade abusiva, gerado pelo capitalismo, que torna o meio ambiente um direito fundamental a ser preservado e garantido.

Palavras Chaves: publicidade abusiva, meio, consciência ambiental, capitalismo.

ABSTRACT: Nowadays, as abusive propaganda practices cause several disorders that harm the environment and intensify environmental problems, causing damage to life on Earth. Because of their importance, several laws have been created in order to delimit as exaggerated practices of advertisements and consequently to increase environmental awareness. According to the Code of Consumer Protection, for protection of any information or communication of illicit character, also defending the abusive practices regarding the environment in which they live. So an advertising that is not sustainable and should not disrespect environmental values among others exposed in the law. For the provision of quality of life, it is

necessary that providers of control over advertising actions are formulated in relation to public space, that is, turn into an exacerbated communication visual communication that directly or indirectly affects the lives of people in the form of pollution. Consequently, the problems related to abusive advertising, generated by capitalism, which makes the environment a fundamental right to be preserved and guaranteed.

Keywords: abusive advertising, environment, environmental awareness, capitalism.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Código de Defesa do Consumidor é uma das ferramentas mais eficientes para a regulação da circulação de bens e prestação de serviços. Essas relações de consumo são de grande importância à economia e essencial ao capitalismo.

A publicidade por sua vez, subsiste como o principal veículo de informação mercadológica. Por outro lado é capaz de estimular o consumismo exagerado, despertando nas pessoas o desejo incontrolável de consumir.

O excesso de publicidade gera poluições e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 37 § 2º regula estas situações e veda a publicidade abusiva que desrespeitem os valores ambientais, possibilitando a reivindicação e/ou ação judicial cabível para que esta prática seja cessada.

O desenvolvimento ocasionado pelo capitalismo através de seus diversos meios e técnicas eficientes, apesar de permitirem muitos avanços e revoluções do modo de vida social, também ocasionam muitos problemas ambientais tais como as poluições.

A poluição visual está relacionada aos outros diversos tipos de poluição por serem sua consequência final, já que o excesso de publicidade descaracteriza a paisagem original urbana.

Conforme exposto, estas poluições ocasionadas por milhões de panfletos, cartazes ou similares trazem como consequência amontoados, espalhados e rasgados de lixo nas ruas, que precisam de um regimento mais rigoroso e mais sustentável. Para tanto, encontra-se o Greenwashing que é

uma alternativa inserida no contexto atual como a passagem pela qual a grande maioria das empresas atuais estão aderindo.

1. DA PUBLICIDADE

A publicidade desempenha papel fundamental na economia, pela sua grande capacidade influência no comportamento dos consumidores, onde seu desenvolvimento possibilitou o surgimento do mercado de consumo, assim como para caracterização de transformações econômicas.

Utiliza-se também de recursos emocionais, bem como da valorização das características e benefícios dos mesmos, ora anunciados, com a finalidade de atrair os consumidores. Conforme Nunes [1] “a publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduto do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento” (pag. 109).

A publicidade tem um objeto comercial que mantém ligação com a relação de consumo, pois os fornecedores, para promover seus produtos e serviços, utilizam-na. Vale ressaltar que a publicidade, diferentemente da propaganda, é de ação coletiva, o que significa dizer que a publicidade de um objeto atinge a toda sua categoria, enquanto a propaganda se restringe aos limites da ideologia divulgada.

Conforme aduz a Lei Nº 12.232 [2] que dispõe sobre as normas gerais de licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade a caracteriza da seguinte maneira:

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

1.1. DA FUNÇÃO SOCIAL

As hipóteses previstas no §2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor referente à publicidade abusiva são exemplificativas, de tal

forma que qualquer propaganda que se desvirtue de sua finalidade publicitária e que possa causar algum mal ou constrangimento ao consumidor se caracteriza como sendo abusiva. [3]

Assim, através deste ponto de abusividade, o legislador buscou reprimir condutas que inobservam valores fundamentais do ordenamento, sendo potencialmente danosa.

Toda publicidade deve respeitar os limites fixados pelo legislador e pela própria sociedade, pois os valores fundamentais da sociedade que devem ser preservados e protegidos: a dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente, a proteção contra publicidade capaz de conduzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança, o respeito à criança, ao núcleo familiar e aos bons costumes, dentre outros.

Assim, ela deve assumir uma função social e contribuir para auxiliar o Estado na tarefa de educar e ajudar na formação do consumidor despertando a consciência para direitos e incentivando o exercício pleno da cidadania.

2. DA PUBLICIDADE ABUSIVA

2.1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE ABUSIVA

Apesar de não existir um diploma legal destinado exclusivamente às questões da publicidade, fora estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, que a relação de consumo não é apenas contratual, visto que surge através da expectativa do consumo, antes mesmo da realização de um contrato. [4]

Para a caracterização da publicidade abusiva não é necessário que esta venha a causar um dano efetivo ao consumidor, pois a doutrina entende ser suficiente a possibilidade de concretização do dano em virtude da exposição do consumidor à propaganda nociva.

Conforme Nunes [1] a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome (pag. 122). Diante dessa fragilidade, o artigo 6º CDC, prevê o direito básico à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos

comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

A legislação acima expôs ao consumidor o direito básico à proteção contra a publicidade enganosa e/ou abusiva, consolidando, sobre o ponto de que a boa-fé atinge seus efeitos às práticas anteriores ao início relações jurídicas de consumo.

A lei nº 8.078 [5] em seu artigo 4º relaciona-se aos princípios de boa fé e do equilíbrio referente à educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo como também a vulnerabilidade do consumidor, que decorre da necessidade de aplicação concreta do princípio constitucional da isonomia presente no artigo 5º caput da CF[6].

A Constituição Federal estabelece que deve proteger a pessoa e a família contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente. A pessoa e a família, além de outras garantias, têm assegurado o respeito a valores éticos.

Proíbe-se qualquer prática abusiva de publicidade que não estiver nos padrões normais e que se enquadre em alguma situação do artigo 37 §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.(...)

O excesso de publicidade, considerada abusiva gera poluições nesse meio que são reguladas e vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 37 § 2º, pois desrespeitam os valores ambientais, como exemplo os cartazes, propagandas, pichações, que causam problemas pelo uso excessivo de informações e também pela demorada degradação biológica destes materiais.

Conforme exposto a publicidade exacerbada gera vários males, sendo estes crimes, como a poluição visual caracterizada como poluição pela Lei 6.938/81 da Política Nacional do Meio Ambiente em seu Art. 3º, III, alínea d. Estas irregularidades devem ser punidas proporcionalmente tendo método preventivo como também totalmente punitivo.

Ao se tratar de publicidades abusivas, equipara-se com o abuso do direito já que este se caracteriza como o resultado do excesso do exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Dentre os prejuízos causados na sociedade expostas a continuada poluição tem-se negativos efeitos psicológicos, distúrbios neuro-vegetativos, náuseas, cefaléias, irritabilidade, instabilidade emocional, redução da libido, ansiedade, nervosismo, perda de apetite, sonolência, insônia, hipertensão, fadiga, redução da produtividade, entre outros. Esses efeitos contribuem para um aumento significativo do número de acidentes, de consultas médicas e de faltas no trabalho.

Diante disso, o tema em questão assim é, já que o direito de produzir e veicular informações, produtos, serviços entre outros não pode comprometer o meio ambiente e desestruturar seu equilíbrio, desrespeitando os habitantes deste e o Código Civil [7] em seu artigo 187 que traz expressamente a proibição do abuso de direito sendo resultado do excesso do exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem.

2.1.1. RESPONSABILIDADE DA PUBLICIDADE ABUSIVA

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor responsabiliza objetivamente, seguindo a teoria do risco, o anunciante que veiculou publicidade enganosa ou abusiva, de acordo com a norma prevista em seu art. 30, da seguinte maneira:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

A responsabilidade do poluidor de acordo com a Constituição Federal [6] para Fiorillo [8] vem de forma tríplice com a sanção penal, a sanção administrativa, e a sanção civil em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente.

Mesmo punindo a publicidade abusiva causadora de prejuízos sociais, muitas vezes de forma não amedrontadora, isto não se faz suficiente, é necessário um tratamento especial para a chamada prevenção. O meio ambiente por sua tamanha importância e sendo um direito fundamental de uso comum do povo, de acordo com o artigo 5º da CF XLI tem a proteção da lei que punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Os crimes contra o meio ambiente são tutelados na Lei n. 9.605/98 da maneira mais severa do ordenamento através de tutela penal penalizando também a pessoa jurídica, trazida pela Constituição Federal de 1.988.

Essas condutas abusivas devem ser acompanhadas através de fiscalização e providências coibitivas para que sejam evitados vários transtornos, tanto relacionado ao impacto ambiental como na vida social. Dentre os prejuízos causados pelas propagandas exacerbadas encontram-se problemas ambientais como as poluições. Além das poluições sólidas da terra, das ruas, rios, etc. atualmente encontra-se com grande intensidade outros tipos de poluições como as visuais, as sonoras entre outras.

Já na sociedade quando exposta à continuada poluição tem-se negativos efeitos psicológicos, irritabilidade, instabilidade emocional, ansiedade, nervosismo, perda de apetite, sonolência, insônia, hipertensão, fadiga, redução da produtividade, entre outros. Esses efeitos contribuem para um aumento significativo do número de acidentes, de consultas médicas e de faltas no trabalho.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor também ao reger sobre o tema responsabiliza objetivamente, seguindo a teoria do risco, o anunciante que veiculou publicidade enganosa ou abusiva, sendo então sua responsabilidade os danos causados por esta.

2.2. DO IMPACTO AO MEIO AMBIENTE

Atualmente a preocupação com o meio ambiente ganha maior espaço na mídia e nos debates políticos, já que os problemas ambientais são maiores em quantidade e em potencialidade de acordo com o desenvolvimento industrial e capitalista.

O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, e a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente [10], que assim dispôs:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Portanto, o meio ambiente por sua tamanha importância é um direito fundamental, bem de uso comum do povo, onde de acordo com o artigo 5 da CF [6] XLI “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

Sendo assim o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n. 9.605/98, na qual disciplinou os crimes ambientais. Os crimes contra o meio ambiente são tutelados da maneira mais severa do ordenamento através de tutela penal penalizando também a pessoa jurídica.

A CF de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho. [8] O meio ambiente natural ou físico diz respeito à atmosfera, biosfera, águas, mar territorial, solo, subsolo, fauna e flora, (art. 225 da CF § 1º inciso I e III). O artificial se caracteriza pela construção de conjunto de edificações e equipamentos públicos, se referindo também às políticas urbanas. O meio cultural está previsto na Constituição Federal em seu artigo 216, e é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem. O meio ambiente do trabalho é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à saúde, sejam remuneradas ou não, como tutelado na Constituição Federal [6] em seu artigo 200 inciso VIII “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

A publicidade está em diversos locais públicos como nas fachadas dos prédios, nas ruas, nas lojas, nos cinemas, nas praças, postos de saúde, etc. Este consumo não sustentável tem impacto negativo no meio ambiente e na sociedade como um todo. Esse estilo de vida que se caracteriza como um consumo sem limites, ameaça a sobrevivência social nos dias de hoje e os das futuras gerações.

Estes excessos de publicidade que desrespeitam os valores ambientais vão diretamente contaminar o solo, a água e o ar, vão rapidamente parar nos aterros ou lixões, onde geram mais contaminação,

exercendo excessiva pressão sobre o meio ambiente, onde dentro de algum tempo pode levar o planeta a um colapso. À questão ambiental, reflete a respeito do risco ambiental que é acarretado pelas atividades humanas, como exemplo a publicidade abusiva, tendo como consequência a escassez dos recursos naturais, mostrando ser essa uma preocupação mundial na sociedade atual.

A prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. É necessário reagir contra o consumismo sem limite estabelecidos pelas ideias publicitárias, tendo capacidade crítica em relação à essa, para evitar a fabricação e dissipação de excessos inutilizados de publicidades. Alternativa para a publicidade ambiental no mercado de consumo é método chamado de greenwashing. A prática ocorre quando fornecedores se utilizam de rótulos sustentáveis ao divulgarem seus produtos ou serviços. [4] Para tanto, o Greenwashing em um Brasil de sustentabilidade, se faz necessário já que o fenômeno faz as empresas aderirem à maneira propícia para conquistar a confiança de seus destinatários.

O CONAR (Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária) estabeleceu parâmetros para que a propaganda verde (greenwashing) pudesse ser utilizada. Trata-se do artigo 36 e do Anexo U do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária da seguinte maneira [11]:

Artigo 36: A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem:

1. a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais;
2. a poluição do meio ambiente urbano;
3. a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais;
4. a poluição visual dos campos e das cidades;
5. a poluição sonora;
6. o desperdício de recursos naturais. (...)

2.3. SANÇÕES

Ao veicular publicidade danosa, ou seja, abusiva ou enganosa, é possível ao consumidor buscar a reparação dos danos causados, bem como a inúmeros órgãos fiscalizadores estabelecer sanções aqueles responsáveis. A primeira modalidade de sanção tem caráter exclusivamente punitivo, vez que a segunda tem natureza reparatória, seguindo o rito normal para seu processamento. [12]

A advertência é utilizada para a primeira ação irregular, para evitar penas mais graves, como, por exemplo, uma multa. Consiste em um aviso ao autor da conduta para que este a corrija. A multa é pena administrativa que é imposta ao responsável pela publicidade danosa, esta é punitiva e tem a finalidade de impedir futuras práticas publicitárias lesivas, ela é imposta por órgãos alheios ao Poder Judiciário que exercem função fiscalizadora para defenderem os interesses do consumidor (PROCON), o Poder Judiciário tendo o mesmo caráter punitivo, como também o caráter coercitivo (multas diárias, ou seja, astenstes) forçando a reparação do dano.

Nesse sentido segue entendimento jurisprudencial:

MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSIÇÃO DE MULTA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO. O Estado, via de seu órgão competente (PROCON), detém atribuição legal para imposição de multas decorrentes da infração das regras consumeristas. Para que se coíba eventual ilegalidade da sanção via mandado de segurança, mister se faz que o direito líquido e certo exsurja límpido e inquestionável, sem sombra de dúvida, devendo o impetrante, em caso contrário, valer-se das vias ordinárias. Segurança denegada (TJGO – MS95864-101 – rel. Des. Sandra Regina Teodoro Reis – DJU 06.01.2003)” (MARQUES, 2006, p.863)

A pena de multa é pena complementar, sempre acompanhando outra decisão, seja uma advertência, seja uma obrigação de fazer em retirar a publicidade da veiculação, ou qualquer outra pena principal.

A remoção ou sustação da publicidade que se caracteriza como pena imposta com a finalidade de que a publicidade lesiva seja retirada de circulação, evitando mais prejuízos ao consumidor. Ela pode ser imposta

pelos órgãos extrajudiciais responsáveis (CONAR), como também pelo Poder Judiciário.

Na prática o CONAR aplica sustação de publicidade, sendo, por vezes vindo também a advertência, e em poucas situações a multa.

A contrapropaganda é a pena mais grave estabelecida pelo Poder Judiciário, está disposta no art. 56, XII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor [5], que dispõe, in verbis:

Artigo 56: As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específica: [...]

XII – imposição de contrapropaganda.”

É aplicada com o intuito de reparar parcialmente o dano já causado, porém já foi exposto ao evento danoso, e a exposição não pode ser retirada da memória, contudo, todas as informações podem ser revistas através desta espécie de sanção. Ela é obrigatória e, uma vez imposta, deve ter como objetivo reparar o dano causado por publicidade lesiva ou abusiva, pelo mesmo meio que foi realizada, a fim de atingir os mesmos.

CONCLUSÃO

O cenário publicitário atual está composto por anúncios que ao invés de fornecerem informações para um consumo racional e consciente, produzem diversos danos ambientais.

Os resíduos sólidos provocam poluições tanto no solo e nas águas como também poluições visuais e sonoras que são os grandes desafios para a sociedade atual, por terem impacto direto na vida do cidadão comum, como também na sua qualidade de vida futura.

Esta abusividade causa transtornos para o meio de vida tranquila da sociedade e devem ser acompanhadas através de fiscalização e providências coibitivas para que sejam evitados vários transtornos, tanto relacionado ao impacto ambiental como na vida social e causam poluições inadmissíveis, desrespeitando valores ambientais e direitos básicos do consumidor.

Dentre os prejuízos causados na sociedade expostas a continuada poluição tem-se negativos efeitos psicológicos, distúrbios neuro-vegetativos, náuseas, cefaléias, irritabilidade, instabilidade emocional, redução da libido,

ansiedade, nervosismo, perda de apetite, sonolência, insônia, hipertensão, fadiga, redução da produtividade, entre outros. Esses efeitos contribuem para um aumento significativo do número de acidentes, de consultas médicas e de faltas no trabalho.

Conclui-se então que a medida é a conscientização as pessoas e as empresas a atenderem aos princípios norteadores da atividade publicitária sustentável, podendo ser usado técnicas como a de greenwashing como outros meios que diminuam as poluições e a quantidade de prejuízos que estas publicidades abusivas causam na vida da sociedade atual.

REFERÊNCIAS

[1] Nunes. R. Curso de direito do consumidor. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

[2] Brasil. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.**

[3] Rover A J, Júnior H S R. **A tutela jurídica do consumidor e a publicidade abusiva em rede.** 2005. Disponível em: < <http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/artigo%20consumidor%20helio.pdf> >. Acesso em: 28 nov. 2016.

[4] Mortari A L, Agostinho L O V. **Os contornos da publicidade ambiental e prática do greenwashing.** Disponível em: . Acesso em: 03 dez. 2016.

[5] Brasil. Lei nº. 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União 12 set 1990;

[6] Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

[7] Brasil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro.

[8] Fiorillo, CAP. Curso de direito ambiental brasileiro. 10ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

[9] Farias T Q. **O conceito jurídico do meio ambiente.** 2016. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2016.

[10] Brasil. Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio ambiente.

[11] **Códigos e Anexos Conar**. 2011. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2016.

[12] Speranza, HCG. **Publicidade enganosa e abusiva**. 2016. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909> . Acesso em: 03 out. 2016.

CONTRATOS DE FIANÇA: A BOA-FÉ ANTE A AUSÊNCIA DE OUTORGA CONJUGAL

SAMUEL JOSÉ MILANEZ SOUSA:
Bacharelado em Direito pela Universidade de
Brasília (UnB) - Faculdade de Direito (FD).

Resumo: O presente artigo versa sobre a formação, validade e extensão dos efeitos de um contrato de fiança ante a ausência de necessária outorga conjugal, estimulando uma reflexão acerca da aplicação prática do princípio da eticidade.

Palavras-chave: Contratos. Outorga Conjugal. Outorga Marital. Outorga Uxória. Boa-fé. Princípio da Eticidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. Outorga Conjugal. 3. A Boa-fé Ante a Ausência de Outorga Conjugal nos Contratos de Fiança. 4. Conclusões Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

Contratos são negócios jurídicos derivados de acordos de vontade, capazes de criar, modificar ou extinguir direitos. São formados em três etapas: a preliminar, a de proposta e a de aceitação, sendo esta última aquela que caracteriza sua efetiva existência, momento no qual o contrato se encontra em estado perfeito.

Para que sejam válidos, os contratos possuem requisitos subjetivos, objetivos e formais a serem cumpridos. Os requisitos subjetivos, conforme elenca Carlos Roberto Gonçalves^[1], consistem na manifestação de duas ou mais vontades, na aptidão específica para contratar, na capacidade genérica dos contratantes e no consentimento.

Quando da celebração de determinados contratos, pode ser que se requeira uma capacidade especial das partes, como nos casos de doação e alienação onerosa, por exemplo, que pressupõem o poder de disposição dos direitos e/ou coisas objeto do contrato. Isso caracteriza a aptidão específica para contratar.

Nas hipóteses em que se exige outorga conjugal, seja marital ou uxória, resta evidenciada esse requisito subjetivo da aptidão específica. O presente artigo,

então, busca fazer uma reflexão acerca da anulabilidade dos efeitos de atos civis pactuados sem a devida outorga conjugal, observando se houve uma eficiente aplicação prática do princípio da eticidade quando da proteção das reais partes prejudicadas nos casos concretos.

2. OUTORGA CONJUGAL.

A outorga conjugal é uma autorização que um cônjuge concede ao outro no que tange a atos civis capazes de afetar substancialmente o patrimônio do casal. Nessas hipóteses, um cônjuge não possui legitimidade para firmar, de forma autônoma, determinados tipos de contratos, conforme artigos 1.647, III, e 1.649 do Código Civil.

Mais especificamente, a outorga uxória é a autorização concedida pela esposa, enquanto a outorga marital é aquela concedida pelo marido. Assim, esse instituto existe de forma a garantir que o patrimônio comum a um casal ou a uma família seja protegido contra atos que possam dilapidá-lo ou onerá-lo.

Os efeitos práticos dessa outorga são evidenciados, principalmente, nos casos que versam sobre a concessão de fiança por um cônjuge a um locatário, sem a devida anuência do outro consorte.

No contrato de fiança, conforme art. 818 do Código Civil, um indivíduo assume a obrigação de outro, quando este não promove seu adimplemento. O fiador assume uma obrigação acessória de garantia ao cumprimento de uma outra obrigação, podendo ter que satisfazê-la com seu próprio patrimônio.

3. A BOA-FÉ ANTE A AUSÊNCIA DE OUTORGA CONJUGAL NOS CONTRATOS DE FIANÇA.

Com exceção ao regime da separação absoluta de bens, um cônjuge não pode se tornar fiador sem que porte a devida autorização de seu parceiro, sob pena de tornar o anulável o ato firmado. Nesse sentido estabelece a Súmula n. 332/2008 do STJ, *in verbis*:

Súmula 332. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

No entanto, quando da análise dos casos concretos, surgiu o debate acerca da relativização da nulidade do ato firmado, nas hipóteses, por exemplo, de má-fé do fiador. Até que ponto uma parte contratante que agiu de boa-fé deve arcar com os prejuízos acarretados por aquele que violou a lealdade contratual? A boa-fé justificaria a manutenção dos efeitos de um contrato firmado sem a necessária outorga conjugal?

A relativização da nulidade do ato firmado se mostra a medida mais razoável, posto que, ao ser constatada a má-fé do fiador, a anulação do contrato firmado entre as partes iria beneficiar apenas aquele que violou o princípio da eticidade e permitiu que o contrato estabelecido fosse elaborado, desde sua fase preliminar, de maneira viciada, criando uma legítima expectativa de contratar que não deveria existir sem a devida outorga conjugal.

No julgamento do Recurso Especial 1.165.837, o STJ entendeu pela manutenção da execução do contrato, tendo em vista a má-fé do fiador, reservando ao cônjuge apenas o direito de meação. Dessa forma, aquele que violou a lealdade contratual não seria beneficiado com sua própria torpeza e a parte verdadeiramente prejudicada seria resguardada. Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias defende a ideia de proteção do direito de terceiro adquirente de boa-fé.

O cônjuge do fiador, nesse caso, também foi resguardado, já que sua meação foi protegida. Assim, é atingido somente o patrimônio do indivíduo culpado, procurando-se evitar uma oneração excessiva do patrimônio familiar. Partindo dessa perspectiva, confirmam-se os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA
UXÓRIA. SÚMULA 332/STJ. PARTICULARIDADE FÁTICA DO
CASO CONCRETO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO
ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE. MEAÇÃO DA
COMPANHEIRA RESGUARDADA.

1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza.

2. Assegurada a meação da companheira do fiador, não há que se falar em ofensa à legislação apontada. Particularidade fática do caso que, por si só, afasta a aplicação do entendimento fixado pela Súmula nº 332/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg no REsp 1095441/RS; Terceira Turma; Relator Min. Og Fernandes; Julg. 17/05/2011; DJE 01/06/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. VALIDADE PARCIAL DA GARANTIA. DECLARAÇÃO INCORRETA DO ESTADO CIVIL DE SOLTEIRO. SÚMULA Nº 332/STJ AFASTADA. MEAÇÃO PRESERVADA.

1. Se o conteúdo normativo do dispositivo apontado no recurso não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, tem incidência o enunciado da Súmula nº 282/STF.

2. A regra de nulidade integral da fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro cônjuge não incide no caso de informação inverídica quanto ao estado civil. Meação preservada na origem. Precedente.

3. Aplica-se a Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg nos EDcl no REsp 1459299 / DF; Terceira Turma; Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva; Julg. 19/03/2015; DJE 31/03/2015)

61404016 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. VALIDADE DO ATO, RESSALVADA A MEAÇÃO DA AGRAVANTE. A ausência de assinatura da esposa não torna nula a fiança, apenas faz com que responda pela dívida unicamente o marido, sendo o valor devido retirado de sua

meação. Recurso desprovido. (TJRS; AI 70023802416; Lajeado; Décima Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 06/05/2008; DOERS 13/05/2008; Pág. 45)

4. CONCLUSÕES FINAIS.

Dessa forma, nas hipóteses de contratos de fiança nas quais resta constatada a má-fé daquele que não providenciou a devida outorga conjugal, induzindo a outra parte contratante em erro, verifico que o princípio da boa-fé é melhor preservado quando há uma relativização dos efeitos da nulidade da fiança, em vez de uma aplicação literal do artigo 1.649 do Código Civil e da Súmula n. 332 do STJ. Assim, pode-se evitar que o indivíduo responsável pela violação da lealdade contratual se beneficie e, simultaneamente, que o patrimônio de seu consorte seja lesado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BERGSTEIN, Laís Gomes e FERREIRA, Renan Barbosa Lopes. Fiança e Aval Sem Outorga Uxória. Em <<http://www.webartigos.com/artigos/fianca-e-aval-sem-outorga-uxoria/28848/>>.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume III – Contratos e Atos Unilaterais. 9ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

NETO, Edgard Borba Fróes. A Outorga Uxória na União Estável. Em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10072>.

Proteção Dos Bens: Veja a jurisprudência do STJ sobre outorga conjugal. Revista Consultor Jurídico. Em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-10/confirma-stj-julgado-casos-outorga-conjugal-contratos>>.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume III – Contratos e Atos Unilaterais. 9ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

O DIREITO À PROPRIEDADE EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL E SUAS LEGITIMIDADES

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:
Bacharelanda do curso de Direito no Centro
Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: O presente artigo traz à tona os principais requisitos para que o proprietário tenha direito a posse do seu bem de acordo com a garantia jurídica. Especificando o quanto é importante que deixe de lado aquela aquisição da posse por meio do contrato, sendo que este não acarreta a mesma segurança e publicidade assegurada no Registro de Imóveis. Há de se falar, ainda na função social e legitimidades que tais premissas possuem perante a sociedade, no que diz respeito a garantia dos anseios sociais em conjunto com os interesses individuais, tendo em vista que a preservação do meio ambiente está estreitamente ligado a tais premissas. Vale salientar, as abordagens feitas acerca dos benefícios e eficácias trazidos pelo Cartório de Registro de Imóveis.

Palavras-chave: Registro de Imóveis; propriedade; função social; legitimidades.

ABSTRACT: This article brings up the main requirements for which the owner is entitled to possession of the well according to the legal warranty. Specifying how important it is to let go of that acquisition of ownership in the contract, and this does not require the same security and publicity ensured in the Real Estate Registry. Is there to speak, even in the social function and legitimacy that such premises have towards society, as regards the guarantee of social anxieties together with individual interests, given that the preservation of the environment is closely linked to such premises. It is worth noting, the approaches made about the benefits and efficiencies brought by the Real Estate Registry Office.

Keywords: Real Estate Registry ; property; social role; legitimacies

1. Noções introdutórias

Sabe-se que propriedade é o direito de posse que um indivíduo detém sobre um bem, sendo este conhecido como o direito real e imediato, normalizada e previsto na

lei. Os direitos reais serão adquiridos através do princípio da publicidade, isto significa que se tornará público a posse da coisa através do registro no Cartório do Registro de Imóveis dos referidos títulos, assim como disposto no artigo 1227 do Código Civil Brasileiro. Há de se falar ainda, no artigo 1228 deste mesmo código no qual é conceituado o que se entende por posse da propriedade de forma geral, este assegura que o proprietário terá faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la caso o outro se utilize de má-fé para deter o bem.

Vale salientar, sobre a importância dos registros de imóveis para a garantia do direito à propriedade das pessoas, tendo em vista que a realização destes serviços os torna realmente donos do bem, estes permitem ainda que o proprietário consiga obter informações seguras sobre a situação jurídica daquilo que está como sua posse. Diante de tais premissas é possível perceber que para que haja segurança da posse de uma determinada propriedade é primordial que o proprietário adote como um meio o CRI.

Diante de estudos realizados, foi possível perceber que o registro de imóveis, que sobre regra deveriam ser feitos no cartório não comum que isto seja feito, isto implica que poderá ocorrer um risco para o dono que não tornou público a posse do seu imóvel. É notório ainda que a compra e venda de imóveis ainda é feita de forma precária, visto que, a maioria das pessoas ainda utiliza como meio para confirmação da compra o recibo particular, o que resulta na não garantia jurídica definitiva da posse.

Compreender a importância da regularização do bem através do Registro de Imóveis feita no Cartório é fundamental, pois a partir do momento que o proprietário fica ciente do quanto este traz segurança para a coisa. Tendo em vista que, está se torna uma atividade notoriamente importante.

2. Evoluções sofridas na regulamentação do Registro de Imóveis

Durante muitos anos a posse de uma propriedade era conquistada através dos costumes religiosos pregados por cada família. Tal pressuposto é visto na obra de Coulanges (2012) tendo em vista que o autor aborda que a ideia de propriedade privada está estreitamente ligada à religião e a família, sendo que estes são inseparáveis. Isso vem a mudar com a revolução e o surgimento da democracia, pois por meio desta, a propriedade passou a ser conquistada através do trabalho humano, adquirindo assim uma nova função social. “O direito de propriedade foi modificado na essência; desapareceram os limites sagrados dos campos; a propriedade não

decorria mais da religião, mas do trabalho [...]”, (p.409). Com essa mudança histórica, pode-se perceber que o direito à propriedade a partir desse momento foi adquirido de maneira mais justa, e as pessoas poderia trabalhar para conquistar a posse daquilo que era seu por direito, sem ter que ficar preso a religião.

Com o passar dos anos e a grande evolução que sofreu a sociedade, levando em consideração que o direito à propriedade passava a ser fruto do trabalho e não mais dos costumes, sendo assim poderia ocorrer a transmissão da posse por força da vontade de ambas as partes. Sobre essa perspectiva houve a necessidade da criação de uma instituição que pudesse fiscalizar e unificar de maneira plena a transmissão da sociedade de uma pessoa para outra. Estas transações cíveis se tornariam mais seguras com a criação do Cartório de Registro de Imóveis, visto que, por meio destes poderia evitar fraudes e quaisquer que sejam de prejuízos para o possuidor, todos os negócios seriam frutos da boa-fé, verificando como pressuposto principal o princípio da publicidade.

Para melhor entender sobre esta evolução é preciso conhecermos a teoria realista, que também é conhecida como clássica, esta especifica que o direito real tem efeito erga omnes. Tal efeito, afirma que o direito real é um poder imediato que um determinado indivíduo exerce sobre a coisa. Deste modo, é notório que os direitos reais giram em torno do conceito de sociedade, tendo em vista que estes possuem características próprias, trazendo como destaque a regência pelo princípio da publicidade dos atos, que no caso de bens imóveis se dá pelo registro.

Sabe-se que, na maioria das relações de transação de um bem é feita por meio de contrato, vale salientar que, este por si só não garantirá o direito real sobre o bem, sendo que é por meio deste que a obrigação entre as partes será gerada. É através do Registro de Imóveis que a segurança jurídica se concretiza de forma eficaz, não podendo existir a oposição por parte de terceiros.

Nesta tarefa, o sistema romano de propriedade é contraponto de inspiração insuperável para o raciocínio pós-modernidade; porque a propriedade romana era exercida sob o manto da democracia participativa, e não representativa. (PLATI, p.5)

No tocante a origem do conceito da posse, é notório que, este surgiu no Direito Romano, qual de antemão foi traçada pela concepção individualista e perdurou durante o feudalismo, visto que os senhores ricos tinham posse sobre a propriedade que por meio desta tinha dominação absoluta sobre a população. Ocorre que, no período da Idade Média houve uma mudança do aspecto individualista para a dualidade dos agentes, como afirma Gonçalves (2014, p.21):

O que marcou a concepção da propriedade na Época Medieval, segundo Arruda Alvim, foi uma constante dualidade de sujeitos. Havia aquele que podia dispor da terra e a cedia a outrem (fosse este quem pagasse o cânon, fosse o servo etc.), mas a disponibilidade real do bem cabia sempre àquele que detinha o poder político. O direito dos outros, do direito deste se originava e dependia. Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa dada família de tal forma que este não perdesse o seu poder no contexto do sistema político.

Neste sentido, pode-se dizer que no momento em que, a propriedade adquiriu um sentido dualista do sujeito, houve uma alteração de modo que, os interesses públicos e privados prevalecem em todas as áreas do direito, passando a ter uma nova função social no ponto de vista coletivo.

Outro ponto importante é que, o conhecimento do direito romano em suas partes principais, sobre como se deve atuar à função social da propriedade para que seja assegurada a garantia do cumprimento das necessidades de todos. Para isto, é indispensável a democracia participativa da coletividade nas decisões estatais, deste modo, não ocorrerá somente o desenvolvimento individual e sim, o crescimento coletivo.

3. Função social da Propriedade e suas legitimidades

Durante certo período de tempo o direito há propriedade era visto como algo absoluto do seu possuidor, com Revolução Francesa isso venho a mudar, pois para que há este pudesse ser atribuída a função social foi necessário que o proprietário considerasse os limites que, trariam a garantia dos direitos fundamentais de todos. Muitos pensadores acreditavam que para este pressuposto fosse garantido seria primordial que fossem empregadas nessas riquezas o interesse da sociedade como

um todo. Diante disso, é visto que a transformação da sociedade deveria acompanhar as necessidades do povo, deste modo, prevalecia à função social frente à propriedade com a garantia das necessidades individuais.

A funcionalidade social da propriedade tem sua matriz filosófica em Comte, na medida em que ele procura justificar uma conciliação entre o interesse individual - protagonista da ordem jurídica liberal – com o interesse social. (PLATI, p.71)

Portanto, a propriedade é uma das bases para o crescimento socioeconômico estatal, este por sua vez, percorre pelo âmbito dos direitos individuais trazendo como resultados os frutos sociais e econômicos, para tanto cumpre destacar que a propriedade deverá atender os anseios do proprietário, bem como da sociedade. Para um melhor entendimento sobre o papel importante que a propriedade exerce no meio, vale analisar o artigo 5º da Constituição Federativa do Brasil, no qual está disposto que a coisa poderá ser utilizada pela autoridade pública caso acarrete algum dano ao meio e/ou a população.

A função social da sociedade visa à conciliação entre o interesse social, que seria as necessidades de toda a sociedade, harmonizando-a com o interesse individual. Deste modo, cumpre salientar que sua funcionalidade inclui ainda o que assegura a legislação que é a proteção do ser humano para que a garantia dos seus direitos sejam garantidas. Há de se falar ainda na jurisprudência brasileira, na qual trata da República participativa como um dilema para o pacto social da pós-modernidade.

Outro ponto importante a ser abordado seria que o proprietário poderá dispor da coisa, tendo em vista que o respeito ao meio ambiente faz parte de tais premissas aqui levantadas nas quais é indispensável que o solo onde o dono habita é um meio que deverá ser preservado. As finalidades sociais e econômicas devem estar diretamente ligadas a preservação da fauna e da flora, garantindo assim, a sustentabilidade do nosso planeta.

No tocante, a legitimidade da propriedade é possível perceber que este é um fato bastante e complexo e deve ser visto com mais cautela, pois na medida que existem a restrição de tais usos, nota-se que há uma maior organização na sociedade.

Isto implica que, a ordem social no que diz respeito a aquisição da posse está estreitamente ligada ao modo como os limites são postos para que cada um respeite o espaço do outro.

Essa vontade existe no proprietário real e também no putativo e no pretense proprietário, isto é, naquele que, depreciando a propriedade, apoderou-se da coisa alheia, tal como o ladrão, o bandido e, com relação a imóveis, o dejiciens. (COULANGES, p.20)

Levando em consideração que, ao apodera-se da coisa alheia sem a permissão do seu dono o indivíduo estará sujeito a punições, tendo em vista que existe uma proteção jurídica para que não traga prejuízos para o seu possuidor. Trata-se do direito que protege juridicamente os interesses de cada um que não é diferente quando se fala em direito de posse, visto que, quando a relação possessória é ferida é lesada também a personalidade, tudo isto contra a vontade de quem a possui deve-se ser tomadas as medidas jurídicas cabíveis.

Contudo, cumpre salientar que, é através do Cartório de Registro de Imóveis, no qual está expresso de maneira absoluta a aquisição da posse, que o dono da coisa poderá ter a garantia da legitimidade da posse de sua propriedade.

4. Importância dos Registros de Imóveis para a garantia do direito à propriedade

Na maioria das vezes para que ocorra a transação de um bem é feito o contrato de compra e venda entre as partes, porém, para que o proprietário se torne juridicamente dono, é indispensável que este venha confirmar sua compra no cartório através do Registro. É por meio deste que a coisa adquire a natureza do princípio da publicidade, e a sua aquisição se torna segura. Garante ainda, a prova de que a propriedade é realmente um direito seu, visto que, há de se falar no princípio da autenticidade.

O contrato de compra e venda, não garante a validade da coisa como um bem juridicamente daquele que detém a posse, este de certa forma estará sujeito a penhora do seu bem. Contudo, percebe-se que a garantia jurídica e a validade desta, se dá por meio da transferência feita por meio do registro de imóveis.

EMENTA: COMPRA E VENDA. VALIDADE. Não se admite a validade de contrato de compra e venda firmado antes do ajuizamento da ação trabalhista e que somente foi levado ao registro mais de oito anos após esta data. Nestas circunstâncias, deve a parte suportar os riscos decorrentes da celebração do chamado “contrato de gaveta”, prevalecendo a disposição do artigo 1.245, § 1.º, do Código Civil, no sentido de que, “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. (3ª Turma do TRT-MG. AP nº 01690-2008-028-03-00-9)

Assim sendo, cumpre salientar que para se tornar concreta a posse de um bem o registro é de fundamental importância. Levando em consideração que, a validade do contrato de compra e venda não é totalmente segura e corre o riscos decorrentes do aceite do contrato.

5. Considerações finais

Diante destas perspectivas, é perceptível que o Cartório de Registro de Imóveis exerce um papel importantíssimo frente a garantia e segurança na transferência possessória. Sendo está determinada como o princípio da publicidade, que torna a coisa um bem intrasferível sem que haja a vontade das partes.

Destarte, que o proprietário terá direito de dispor, gozar e usufruir assim com assegura a Código Civil, sem que corra o risco de perda da propriedade, por falta de provas que garantam que o bem te pertence. Sabe-se que no momento em que o proprietário registra o seu bem no CRI, são atribuídos a estes o princípio da autenticidade e publicidade, que garante total segurança na transação do bem, pois por meio destes se verifica se existe algum vício que poderá causar prejuízos ao outrem.

Vale destacar, que a função social e as legitimidades são pontos importantes, visto que, a propriedade adquire papel importante frente aos interesses coletivos da sociedade, não deixando de considerar os interesses individuais atribuídos a estes. Há de se falar ainda, que o respeito ao ambiente, tendo como exemplo a fauna e a

flora devem ser considerados para o equilíbrio e sustentabilidade do mundo, isto implica em um dos pontos fundamentais da função social.

Sendo assim, é visível que os Registros de Imóveis devem ser compreendidos como algo essencial para a preservação e segurança do seu bem. Isto é, algo indispensável para a garantia de que da perda da coisa que por direito real é do possuidor nunca venha a ocorrer de maneira injusta.

Referências

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 5ª Ed. Martin Claret: São Paulo, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das coisas*. 15º ed. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2014.

<http://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1207>

<http://www.primeirosp.com.br/historico.htm>

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660

<http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/justica-social-legitimidade-propriedade>

<http://www.zappro.com.br/saiba-importancia-da-escritura-e-registro-de-imoveis-e-orienta-seu-cliente/>

IHERING, Rodolf Von. *Teoria simplificada da posse*. 2 ed. Campinas: Russel, 2009

PLATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Revista Jurídica NetLegis

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*/ Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2015.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

IGOR EDUARDO TONON: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA (Orientador)

RESUMO: Executar provisoriamente a pena significa que se o acusado for condenado em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sua prisão não viola o princípio da presunção de inocência. Esse é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF ora admitia a execução provisória da pena, ora admitia a prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa transição é que trouxe a relevância do tema e sua importância nos dias atuais, tanto para os aplicadores do direito, quanto para a sociedade, uma vez que relativizou a inocência do acusado antes de esgotarem todos os recursos, possibilitando sua prisão de forma definitiva.

Palavras-chave: execução provisória da pena, presunção de inocência, habeas corpus, ação declaratória de constitucionalidade.

ABSTRACT: Provisional execution of the sentence means that if the accused is convicted on appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, his arrest does not violate the principle of presumption of innocence. This is the current understanding of the Federal Supreme Court. It occurs that, with the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the STF now admits the provisional execution of the sentence, or admitted the arrest only after the final sentence of the conviction has passed. This transition brought the relevance of the issue and its importance in the present day, both for lawyers and for society, since it relativized the innocence of the accused before exhausting all the resources, allowing for their definitive arrest.

Key words: provisional execution of sentence, presumption of innocence, habeas corpus, declaratory action of constitutionality.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 2.Presunção de Inocência X Não Culpabilidade. 2.1Limite Temporal. 3.Recursos Extraordinários. 3.1Recurso Especial. 3.2Recurso Extraordinário. 3.3Impossibilidade de Revisão de Matéria de Fato. 4.Prisão Cautelar. 4.1Prisão Temporária. 4.2Prisão Preventiva. 5.Execução Provisória da Pena. 5.1Habeas Corpus 84.078 de 2009. 5.2Habeas Corpus 126.292 de 2016. 5.3Ação Declaratória de Constitucionalidade. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A decisão do HC 126.292 pelo STF gerou muita polêmica entre os estudiosos do Direito. Ocorre que no dia 17 de fevereiro de 2016 a Suprema Corte mudou o seu entendimento acerca do princípio da presunção de inocência estampado no art. 5º LVII que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, relativizando, assim, a sua aplicação.

Nessa decisão, o STF retomou o entendimento antes consolidado da execução provisória da pena. A conclusão que se chegou foi a de que para executar a pena e prender o condenado não necessita mais esperar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bastando que ocorra um acórdão condenatório de um órgão colegiado, independentemente de qualquer hipótese que autorize a prisão cautelar.

A discussão sobre a decisão da Suprema Corte se dá pelo motivo de a prisão ocorrer antes do trânsito em julgado, que é quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário. Entretanto, na visão do STF o condenado seria considerado culpado antes mesmo de sua própria decisão definitiva e o esgotamento de todas as vias recursais.

O presente trabalho tem como objetivo explorar o entendimento da doutrina e da jurisprudência através de bibliografias, de pesquisa na internet e do direito comparado. A decisão do STF será abordada com base no princípio da presunção de inocência, a evolução de seu entendimento pela Suprema corte com o passar dos anos, abordando os principais votos que ensejou tal entendimento, assim como os reflexos da decisão para os aplicadores do direito e suas consequências para a sociedade.

1 Presunção de Inocência X Não Culpabilidade.

O artigo 5º da Constituição Federal se encontra no rol Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que trata das prerrogativas que o cidadão tem em face do Estado. O inciso LVII, cuida do princípio da não culpabilidade, estabelecendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Após, passou a ser tratado de forma expressa como direito e garantia fundamental do cidadão.

Os princípios constitucionais se mostram bastante eficientes na função de garantir direitos aos cidadãos e restringir abusos por parte do Estado. Em matéria de Direito Penal, durante toda a sua evolução, o princípio da não culpabilidade passou a ter cada vez mais importância, uma vez que trata de uma prerrogativa do acusado enquanto sujeito de um processo.

Em 1764, Cesare Beccaria, através de seu livro dos delitos e das penas, já advertia sobre sua importância. O autor fazia referência a tal princípio, estabelecendo que “um homem não poderia ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe poderia tirar a proteção pública depois de que ele se convencesse de ter violado as condições com as quais tivera de acordo”. (Cesare Beccaria, dos delitos e das penas, p.69).

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º também fez referência ao princípio, estabelecendo que “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”

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da ONU, trouxe tal princípio fundamentado na dignidade da pessoa humana, mais precisamente que “o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada

de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

A doutrina brasileira também tem destaque fundamental no estudo dos princípios constitucionais e na sua interpretação.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo tal princípio é o que " impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do transito em julgado dasentença criminal por parte do Estado". (Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, p. 539). Na esteira do que pensam os autores, o acusado, no curso do processo, somente poderia sofrer restrições à liberdade de maneira cautelar, desde que preenchidos os pressupostos legais, mas nunca de maneira definitiva.

Pedro Lenza ensina que “em decorrência da presunção de inocência torna-se natural a inversão do ônus da prova”, ou seja, como é presumida, cabe ao Ministério Público ou a parte acusadora provar a culpa, caso não o faça a ação será julgada improcedente”. (Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquemático, p. 1223).

Dentre outros tratados, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que constitui um tratado internacional de direitos humanos, o qual foi ratificado através do decreto 678/92.

Tal tratado foi recepcionado pela Constituição Federal com status de norma infraconstitucional, por não ter sido recepcionado nos moldes do art. 5ª §3 da carta magna. Com isso, reservou-se a esse diploma lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.

A convenção Americana trata do princípio em seu art. 8º §2º, estabelecendo que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Nota-se que, ao comparar a forma com que cada princípio foi previsto em seus respectivos ordenamentos jurídicos, percebe-se uma diferença de terminológica, isto

é, a Constituição Federal positivou como princípio da não culpabilidade enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos tratou como presunção de inocência.

Para a maioria da doutrina, ambos princípios devem ser tratados como sinônimos, devendo ser interpretados de forma diferente apenas quanto ao limite temporal de aplicação no caso concreto.

1.1 Limite Temporal.

A par dessa diferenciação terminológica, deve-se fazer uma análise quanto ao limite temporal de aplicação de cada princípio.

A Convenção Americana de Direitos Humanos traz como limite temporal da presunção de inocência o momento em que é legalmente comprovada a culpa do acusado, quer dizer que não exige o trânsito em julgado, mas apenas que se demonstre a autoria do crime praticado.

Acontece que a expressão “enquanto não for comprovada a sua culpa” trata-se de um termo aberto e que, segundo o Professor Renato Brasileiro, para melhor entendê-la, deve ser feita uma interpretação sistemática da própria Convenção.

Neste Tratado está estampado o princípio do duplo grau de jurisdição, o que deve ser entendido como a possibilidade de um reexame integral da matéria de fato e de direito da sentença proferida pelo juízo *a quo* que deve ser analisada por um Tribunal diverso do que a proferiu. Com isso, entende-se que é com o reexame da matéria que se tem comprovada a culpa.

Já a Constituição Federal trata do princípio da não culpabilidade, a qual estabelece o limite temporal pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mais amplo e mais benéfico ao acusado que a Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de uma expressão que indica o fim de qualquer possibilidade de interposição recurso, seja porque as partes deixaram de recorrer no prazo legal, seja pela impossibilidade de recorrer por ter esgotados todas as vias recursais.

2 Recursos Extraordinários.

Recurso, para Renato Brasileiro (2016, p. 1339) [3], “é um instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração, ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.

A última instância recursal que o acusado pode valer-se para modificar as decisões das instâncias inferiores é perante o Superior Tribunal de Justiça, através do recurso especial, e pelo Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário.

Para que se possa interpor tais recursos deve-se saber que, em regra, não são dotados de efeito suspensivo; devem ser esgotadas as vias ordinárias e que não serão analisadas matérias de direito, mas somente questões constitucionais ou infraconstitucionais.

2.1 Recurso Especial.

O Recurso Especial está previsto no art. 105 da Constituição Federal, inciso III, prevendo que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso especial, as causas decididas em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando: a) a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A finalidade do Recurso Especial é a de uniformizar o entendimento da legislação, buscando igualdade entre todos os órgãos jurisdicionais que estejam diante de uma situação fática parecida, para que suas decisões tenham tratamento idêntico.

2.2 Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário está previsto no art. 102 da Constituição Federal, inciso II, estabelecendo que cabe ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Trata-se de um recurso excepcional, que tem como finalidade resguardar a Constituição e seus princípios básicos. Diferente do recurso especial, para se interpor o recurso extraordinário o recorrente deve obrigatoriamente demonstrar a repercussão geral, isto é, que a demanda em questão tem relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

2.3 Impossibilidade de Revisão de Matéria de Fato.

Dentre as características dos recursos extraordinários nota-se, como de suma importância, a de não analisar matéria de fato, como estabelece a súmula 279 do STF *“Para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário”*, ou seja, não tem o condão de analisar provas que foram produzidas durante as instâncias inferiores, uma vez que foram discutidas e analisadas de forma exaustiva, pautando-se apenas a analisar matéria de direito, ou seja, se violaram a constituição ou leis infraconstitucionais.

3.4 Do efeito suspensivo.

Cuida-se do efeito que tem certos recursos e que suspende a eficácia da decisão até o seu julgamento final, havendo previsão legal impossibilita a execução, mesmo que provisória, até que sejam esgotadas todas as vias recursais

Os recursos extraordinários, em regra, não têm a característica do efeito suspensivo, como prevê o art. 637 do Código de Processo Penal ao estabelecer que a sentenças proferidas nas instâncias inferiores já nascem aptas à produzirem seus efeitos. Além do mais, a súmula 267 do STJ, traz que “ a interposição de recurso, sem

efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”, podendo ser executada desde logo.

Para Renato Brasileiro “O efeito suspensivo, em processo penal, está diretamente ligado a possibilidade, ou não, de poder determinar o recolhimento do acusado à prisão a partir da prolação da sentença condenatória. Para o professor, em decorrência do princípio da presunção de inocência, qualquer restrição à liberdade antes de formada a coisa julgada só pode ser admitida a título de prisão cautelar, desde que presentes o *fumus commissideliict e o periculum libertatis*”.(Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, p.1603)”.

3 Prisão Cautelar.

Prisão Cautelar é uma medida coercitiva utilizada no processo penal com a finalidade de restringir a liberdade do acusado de um crime, buscando resguardar as investigações, além de garantir a ordem pública. Tais medidas devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e urgência do caso concreto, não com base na culpa, mas sim de acordo com a periculosidade do agente ou em um momento específico da fase investigatória, a fim de resguardar ou colher melhores fontes de provas.

3.1 Prisão Temporária.

A prisão temporária tem previsão na lei 7960/89, que traz um rol taxativo para sua aplicação. Essa espécie de medida cautelar somente pode ser imposta na fase de investigação pelo juiz, de ofício, ou mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, prorrogáveis por igual período, ou no caso de crimes hediondos no prazo de 30 dias prorrogáveis por igual período, desde que preenchidos os pressupostos legais e presente a materialidade do fato e indícios de autoria do crime.

Trata-se de uma medida cautelar que deve ser imposta somente na fase de investigação, com a finalidade de averiguar determinada conduta do acusado. Caso seja oferecida a denúncia não poderá ter continuidade, devendo o juiz revogá-la ou converter a temporária em preventiva.

4.2 Prisão Preventiva.

A prisão preventiva está prevista no Código de Processo Penal dos art. 311 ao 316. Trata-se de uma medida que restringe a liberdade do acusado, podendo ser decretada durante toda a persecução penal, desde o inquérito policial (quando não couber prisão temporária) e ao longo de todo o processo penal, até o trânsito em julgado.

A preventiva tem clausula de reserva jurisdicional, podendo ser decretada somente pelo juiz, de ofício, na fase processual, ou mediante requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial, durante a fase de investigação.

Para aplicação dessa medida devem ser preenchidos os requisitos legais do art. 313, assim como estar presentes os pressupostos do art. 312, quais sejam: a prova da existência do crime e indícios de autoria, visando a garantia da ordem pública ou econômica, garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal

Importante lembrar que a prisão preventiva não tem prazo determinado de duração, subsistindo enquanto houver necessidade que se justifique pela presença dos requisitos de admissibilidade, devendo respeitar a razoável duração do processo, a fim de não constituir privação ilegal da liberdade de locomoção por excesso de prazo.

4 Execução Provisória da Pena.

A execução provisória da pena, um dos temas atuais mais discutidos, tem causado bastante divergência entre advogados, doutrinadores e própria jurisprudência.

Trata-se da prisão de um condenado após o acórdão condenatório de um órgão colegiado de segundo grau. Ocorre que, após a sentença de primeira instância o réu tem direito a recorrer da decisão, através de apelação, para o Tribunal respectivo, a fim de modificar ou anular a decisão que foi contrária a seus interesses. Proferida a decisão do órgão colegiado e, preenchidos os requisitos constitucionais, o

acusado ainda tem direito a interpor recursos extraordinários, tanto para o STJ, quanto ao STF.

Durante muitos anos, prevaleceu o entendimento da jurisprudência no sentido de ser possível a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segunda instância. As decisões do STF já eram nesse sentido desde os primeiros anos da Constituição, conforme o julgamento do HC 68.728, de 28 de junho de 1991:

“(...) mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.

Em julgado mais recente, no ano de 2007, de acordo com o HC 91.675/PR, o STF ratificou o seu entendimento, estabelecendo que, “(...) a jurisprudência deste tribunal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo (...)”.

Acontece que nem sempre esse foi o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte, no decorrer dos anos divergiu sobre o tema, mais precisamente nos anos de 2009 e 2016. Tais decisões demonstraram a relevância do tema, sua importância, assim como os reflexos para a sociedade, até os dias atuais.

5.1 Habeas Corpus 84.078 de 2009.

Até o ano de 2009, o STF admitia a possibilidade da execução provisória da pena, após um acórdão condenatório de segundo grau. Entretanto, alterou o seu entendimento através da decisão do HC 84.078/09, sobrepondo a previsão do art. 637 do Código de Processo Penal, ainda que os recursos extraordinários não sejam dotados de efeito suspensivo.

Passou a se entender, através de uma hermenêutica constitucional, que a antecipação da prisão antes do trânsito em julgado seria incompatível com o texto constitucional, art. 5º LVII, e o art. 283 do CPP, ferindo assim o princípio da presunção

de inocência. O acusado, durante todo o processo, seria presumido não culpado, só podendo ser recolhido a prisão de forma cautelar, mas não de forma definitiva como era aceito até então.

Diante dessa decisão, o acusado passou ter resguardado todos os seus direitos enquanto sujeito a um processo. A ampla defesa deixou de ser vista de modo restrito, podendo o condenado utilizar de todos os meios de defesa inerentes ao processo em todas as fases processuais e, principalmente, o de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, respondendo ao processo em liberdade.

5.2 Habeas Corpus 126.292 de 2016.

No dia 17 de fevereiro de 2016, o STF decidiu que “a execução provisória de acordão penal condenatório proferida em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”.

A Suprema Corte, através dessa decisão, deixa claro a alteração de seu posicionamento quanto ao tema. Fredie Didier Junior trata dessa mudança pela denominação de *Overruling*, que na visão do autor " é a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial" (editorial-166/).

Nota-se que se trata de uma interpretação evolutiva da própria constituição sobre o tema. O Art. 5º LVII, que trata da presunção de inocência, passou por uma mudança de sentido, denominada de mutação constitucional, que segundo Luís Roberto Barroso é "a alteração por via informal do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto" (Luís Roberto Barros, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2015, p. 158).

Se por um lado o STF passou a admitir a prisão definitiva antes do trânsito em julgado, por outro possibilitou a execução provisórias de benefícios penais. Com a edição da Sumula 716, reconheceu a progressão de regime de cumprimento da pena, mesmo antes de transitar em julgado a sentença, para aquele que tiver preso com fundamento no art. 112 da lei de execuções penais.

O preso provisoriamente, antes do trânsito em julgado, que cumprir tempo suficiente para pedir a progressão de regime (1/6 da pena máxima prevista em abstrato) terá direito aos benefícios da lei de execução penal, ou seja: a concessão de indulto, a progressão de regime de execução da pena e o livramento condicional, exigindo para tanto o preenchimento de requisitos subjetivos previstos em lei.

Nesta decisão, os Ministros fundamentaram a possibilidade de prisão penal antes do trânsito em julgado na impossibilidade de se debater nas instâncias extraordinárias matérias probatórias e na previsão do art. 637 CPP de execução da sentença, quando da pendência de recurso extraordinário, haja vista não serem dotado de efeito suspensivo.

5.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) é uma ação judicial proposta com o objetivo de tornar certo judicialmente que uma dada norma é compatível com a Constituição. No HC 126.292 de 2016, o STF ao pronunciar sobre o cabimento da execução provisória da pena, os ministros deixaram de analisar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que é de fundamental relevância para o tema. Este artigo estabelece as possibilidades de restrição da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado, de forma categórica, podendo ocorrer nas hipóteses de flagrante delito, e nas prisões temporária e definitiva, ou melhor, somente de maneira cautelar.

Diante dessa controvérsia, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizaram as ADCs 43 e 44, visando o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do art. 283 do CPP. Para essas entidades, como o artigo não foi analisado na decisão anterior, continua válido, devendo ser aplicado pelos tribunais.

Buscou-se com isso, pedido de medida cautelar para suspender as execuções da pena que tivessem sido proferidas por Tribunais com base no HC 126.292 ignorando o art. 283 do CPP. Assim, as entidades solicitaram a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Por maioria dos votos, o STF indeferiu a cautelar e decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, significando que não fere a constituição, devendo ser feita uma interpretação conforme.

Os principais argumentos dos Ministros que ensejaram tal entendimento foram:

a. O recurso especial e o extraordinário não são dotados, em regra, de efeitos suspensivo, podendo, em virtude disto, a pena ser executada de imediato;

b. É na instância ordinária, com o recurso de apelação, que se analisa e esgota toda a matéria fática, não tendo a característica de debater provas nas instâncias extraordinárias.

c. O princípio da presunção de inocência não é violado, porque tem sentido dinâmico, ou seja, o seu valor varia conforme o transcurso do feito. Tal princípio na fase de inquérito é quase que absoluto, em virtude da vasta matéria probatória, já após a condenação de segundo grau deixa de existir a possibilidade de discussão de matéria probatória, somente podendo debater questões constitucionais;

d. O constituinte não quis impedir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, se quisesse impedir teria colocado a proibição no art. 5º LXVI, da Constituição Federal, que é o inciso que trata das modalidades de prisão antes do trânsito em julgado.

e. A presunção de inocência é princípio e não regra, por isso pode ser ponderado com outros princípios, como em relação a efetividade do sistema penal o qual protege a vida dos demais cidadãos, buscando a efetividade da lei, em detrimento dos bens jurídicos que ela visa proteger.

f. Evitar o excesso de recursos com a finalidade de postergar o trânsito em julgado e ocorrer a prescrição do crime.

g. Impedir a execução provisória da pena acaba fomentando o direito penal seletivo, porque pessoas que tem poder aquisitivo maior consegue que os recursos cheguem aos tribunais superiores, já quem tem um menor poder aquisitivo não terá esse privilégio, violando, assim, a igualdade processual.

h. No caso de se constatar abuso da condenação, os tribunais disporão de meios para sustar a decisão tomada, através de Habeas Corpus e de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial com efeito suspensivo (art. 1029 § 5º).

i. Os réus com foro por prerrogativa de função, depois de julgados pelos seus Tribunais respectivos, já podem ser presos em execução provisória da pena, uma vez que essa análise faz esgotar toda a matéria probatória.

j. Não se faz necessária a exigência de convergência das duas instâncias para que seja aplicada a pena. Ocorrendo divergência, isto é, o juiz de primeiro grau absolver e o Tribunal condenar, é suficiente para que se determine a execução da pena.

k. Existe a possibilidade de interposição de embargos infringentes, que é o recurso que tem cabimento contra decisão não unânime de um acórdão. A prisão do condenado, somente terá cabimento após o julgamento do referido recurso.

Por fim, ainda sob a decisão em análise, constatou-se que o Brasil é o único país do mundo em que o condenado em duplo grau de jurisdição pode esperar a análise de recursos constitucionais em liberdade, aguardando ser referendado pela Suprema Corte. A prisão após o duplo grau de jurisdição, portanto, deve obedecer ao que descreve o art. 637 do Código de Processo Penal, ou seja, o fato de, em regra, não ter efeito suspensivo faz com que seja baixado os autos à primeira instância para que seja executada a pena do condenado e colocado de imediato à prisão.

5 CONCLUSÃO.

É notório que o tema execução provisória da pena tem grande relevância no cenário político na atualidade, pois tem relação com a privação da liberdade do acusado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, corte máxima do poder judiciário, é o órgão que tem papel fundamental na guarda e na interpretação da Constituição. Desde a sua Promulgação, executar a pena do condenado antes de se esgotarem todos os recursos já era debatido de forma veemente pela Suprema Corte e pela doutrina em geral.

Durante toda a vigência da nossa Carta Política, as decisões do STF em relação ao tema colidiam com o art. 5º da Constituição Federal, inciso LVII, o qual estampa o princípio da não culpabilidade. Diante desse choque de interpretação é que surge a relevância desse instituto para os aplicadores do direito.

Em face dos vários julgamentos acerca do tema, a partir do ano de 2009 através do HC 84.072, o STF consolidou o entendimento de que não seria possível a prisão definitiva antes de se esgotarem todos os recursos, ou melhor, a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ocorrer de maneira cautelar, temporária ou preventivamente.

Ocorre que, no ano de 2016, através do HC 126.292, o STF em um julgamento histórico mudou o seu entendimento passando a prever a possibilidade de prisão do condenado após o acórdão condenatório de segunda instância.

Diante dos fatos apresentados, pode-se concluir que o STF, com a interpretação evolutiva constitucional sobre o tema execução provisória da pena buscou dar a sociedade uma proteção mais célere e eficiente, conforme nos ensina a presidente do STF Carmem Lúcia “a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma razoável duração do processo”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015.

BECCARIA, CesareBonesana, Marquês de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1997.

BRASIL.Palácio do Planalto. “**Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**”. Disponível em: . Acesso em: 15/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “**Habeas Corpus 126.292**”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 15/12/2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**, volume único, 2ª edição, revista ampliada e atualizada. Editora Juspodivm, 2015.

JUNIOR, Fredie Didier. “**Overruling incidental e concentrado**”. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166/>>. Acesso em: 18/04/2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 18ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2014.

MARCÍLIO, Maria Luiza. “**Declaração dos direitos do homem e do cidadão – 1789**”. Disponível em: Acesso em: 18/04/2017.

MARCÍLIO, Maria Luiza. “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 18/04/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, volume Único, 10ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015.

PRIMEIRAS REFLEXÕES AO DIREITO REAL DE LAJE: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE SUPERFÍCIE EM SEGUNDO GRAU

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 de superfície, cuida salientar, em um primeiro momento, que o mencionado se alicerça na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, denominado de *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este realize sobre o sob o solo alheio, incluindo-se o solo, o subsolo e o espaço aéreo, por lapso temporal determinado ou ainda sem prazo, desde que seja promovida a escritura pública no registro imobiliário. Com efeito, trata-se de instituto que rememora ao direito romano, surgido na fase final do período clássico, em que se observa o intenso desenvolvimento urbano do Império Romano. Em seu advento, o direito à superfície estava atrelado, de maneira nevrálgica, às relações de direito obrigacional e posteriormente como direito real em coisa alheia. Em decorrência do aperfeiçoamento do modelo jurídico no direito medieval, notadamente em razão do interesse da Igreja em conferir legitimidade às construções erigidas em seus terrenos, e, posteriormente, pelas legislações contemporâneas, a superfície passou a ser reconhecida como verdadeiro direito de propriedade. Superado tais comentários, o presente objetiva promover uma reflexão acerca do novel direito real de laje, também nominado de “direito real de superfície em segundo grau”, instituído pela Medida Provisória nº 759/2016, bem como suas consequências jurídicas.

Palavras-chaves: Direito Real de Laje. Direito de Superfície. Superfície em Segundo Grau.

Sumário: 1 Considerações Iniciais; 2 O Direito de Superfície: Conceito e Natureza Jurídica; 3 Conteúdo do Direito de Superfície; 4 Extinção do Direito de Superfície; 5 O Direito Real de Laje em análise: Primeiros Apontamentos à Medida Provisória nº 759/2016

1 Considerações Iniciais

Em linhas inaugurais, ao se dispensar uma análise ao tema central do presente, necessário se faz examinar a Ciência Jurídica, assim como suas múltiplas e distintas ramificações, a partir de um viés norteado pelas relevantes modificações que passaram a permear o seu arcabouço teórico-doutrinário, bem como seu sedimento normativo. Nesta perspectiva, valorando os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a emoldurar o Direito, é plenamente possível grifar que não subsiste a visão na qual a ciência ora aludida era algo pétreo e estanque, indiferente à gama de situações produzidas pela coletividade, enquanto elemento de convívio entre o ser humano. Como resultante do acinzelado, infere que não mais vigota a imutabilidade dos cânones que outrora orientavam o Direito, o aspecto estanque é achatado pelos anseios e carências vivenciados pela sociedade.

Ainda nessa trilha de exposição, *“é cogente a necessidade de adotar como 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]. Com efeito, a utilização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como axioma maior de sustentação é mecanismo proeminente, quando se tem, como objeto de ambição, a adequação do texto genérico e abstrato das normas, que integrem o arcabouço pátrio, às nuances e complexidades que influenciam a realidade moderna. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, no qual, com clareza solar, apresenta ponderações ao aspecto de dinamicidade do Direito, enquanto ciência detentora de plural arcabouço:

[...] 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 [...] É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. Assim, o significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos^[2].

Ao lado do esposado, quadra negritar que a visão pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Por necessário, 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. Gize-se, por necessário, a brilhante manifestação apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, que, ao abordar acerca das linhas interpretativas que devem orientar a aplicação da Constituição Cidadã, expôs:

Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar a interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade.

O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete[4].

Nesta toada, os princípios jurídicos são erigidos à condição de elementos que trazem em seu âmago a propriedade de oferecer uma abrangência ampla, contemplando, de maneira única, as diversas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Em razão do esposado, 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”*[5]. Percebe-se, a partir da teoria em testilha, que os dogmas jurídicos são desfraldados como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar[6].

2 O Direito de Superfície: Conceito e Natureza Jurídica

Ao se analisar o direito de superfície, cuida salientar, em um primeiro momento, que o mencionado se alicerça na faculdade que o proprietário possui de conceder a um terceiro, denominado de *superficiário*, a propriedade das construções e plantações que este realize sobre o sob o solo alheio, incluindo-se o solo, o subsolo e o espaço aéreo, por lapso temporal determinado ou ainda sem prazo, desde que seja promovida a escritura pública no registro imobiliário. Como bem anota Diniz, a superfície é a *“concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social”*[7].

Com efeito, trata-se de instituto que rememora ao direito romano, surgido na fase final do período clássico, em que se observa o intenso desenvolvimento urbano do Império Romano. Em seu advento, o direito à superfície estava atrelado, de maneira nevrálgica, às relações de direito obrigacional e posteriormente como direito real em coisa alheia. *“Em Roma, a superfície sempre foi um direito real em coisa alheia, sem que nunca fosse alcançada a noção de propriedade autônoma”*[8]. Em decorrência do aperfeiçoamento do modelo jurídico no direito medieval, notadamente em razão do interesse da Igreja em conferir legitimidade às construções erigidas em seus terrenos, e, ulteriormente, pelas legislações contemporâneas, a superfície passou a ser reconhecida como verdadeiro direito de propriedade. Denota-se, desta sorte, que houve o abrandamento do princípio do

abrandamento da unicidade da titularidade, eis que, de maneira inédita, a propriedade do solo se desvincularia da propriedade das construções e plantações, servindo como instrumento apto a conter situações de crise habitacional.

Insta salientar que as construções e plantações se apresentam como acessões contínuas, sendo caracterizadas pela união externa das coisas, eis que tudo aquilo que é plantado ou construído em solo alheio passa a ser propriedade definitiva do dono do solo. Configura, com destaque, o adágio *superfície solo cedit*, ou seja, a superfície acede ao solo. *“Tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integra-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo”*[9]. Nesta senda, denota-se a substancialização do ideário de que tudo aquilo que fosse acrescido ao solo a este se agregava, passando, por consequência, a pertencer ao dono do solo. Haverá, ao lado disso, o sobrestamento temporário dos efeitos da acessão, porquanto a propriedade da construção ou plantaçaõ efetivada em solo alheio será daquele que a realizou, permanecendo a propriedade do solo com o seu proprietário. Segundo Diniz[10], a superfície e a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, eis que o Ordenamento Pátrio concede um direito real sobre construção ou plantaçaõ feita em terreno alheio, utilizando, para tanto, sua superfície. Conforme obtemperam, com propriedade, Farias e Rosenvald, segue-se *“a liçãõ enraizada na cultura germânica, pelo qual se valoriza o ‘trabalho de quem constrói ou planta em detrimento do proprietário do solo’”*[11].

Infere-se a ocorrência de um fenômeno de superposição de duas propriedades distintas, sendo que o proprietário e o superficiário atuarão em esferas distintas. Neste passo, enquanto o superficiário adquire a propriedade resolúvel das acessões, compreendendo-se plantações e construções, o proprietário mantém a titularidade sobre o solo. Ao lado disso, quadra assinalar que ocorre a criação de duas propriedades autônomas e não um desdobramento dos poderes dominiais, a exemplo do que se percebe em direitos reais tradicionais de fruição, como o usufruto e a enfiteuse. Maria Helena Diniz destaca que o direito de superfície *“é um direito de posse sobre plantações e construções, separado do domínio do solo, por ser, na verdade, um direito real de construir ou plantar em terreno de outrem”*[12]. Não há que se cogitar acerca da existência de subordinação entre um bem em detrimento do outro, de natureza inferior. *“Tratam-se de duas propriedades autônomas e horizontalmente fracionadas, cada qual mantendo a sua*

exclusividade e os atributos de uso, fruição, disposição e reivindicação” [13]. Neste sentido, cuida trazer à colação o entendimento jurisprudencial que abaliza o expandido:

Ementa: Apelação Cível. Embargos à Execução. Honorários de Profissional. Não havendo direito real de superfície autônomo em relação à propriedade, descabida a penhora sobre construção feita em terreno alheio. Apelo Improvido. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Segunda Câmara Especial Cível/ Apelação Cível Nº 70001271428/ Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil/ Julgado em 06.06.2001)

Calha salientar que o direito de superfície reclama, para a sua constituição enquanto direito real imobiliário, tão apenas a celebração de um contrato, de forma solene, firmado por escritura pública, independentemente do valor do imóvel, devendo, pois, ser levado, obrigatoriamente, ao registro. Neste passo, clara é a dicção do artigo 1.369 do Código Civil, *“o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”* [14]. É permitido aos pactuantes, ainda, que estipulem, quando da elaboração do contrato, quaisquer cláusulas, desde que estas não lesem a legislação urbanística, como anota o artigo 21 do Estatuto das Cidades [15].

No mais, anote-se, oportunamente, que não há qualquer óbice para que o direito real em comento seja concebido através de negócio jurídico ou mesmo por cédula testamentária. *“Uma das maiores utilidades do direito de superfície é a sua grande densidade econômica”* [16], já que uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio, sem que tenha necessidade de adquirir o terreno e pagar grandes quantias, assegurando a materialização da função social da propriedade. Observa-se, de um lado, que o superficiário adquire as acessões e explora todos os potenciais econômicos que o imóvel oferta, evitando-se, por conseguinte, a antieconomicidade da propriedade. O proprietário do imóvel, de outro lado, mantém a titularidade, percebendo uma renda pela concessão da superfície, atalhando, por extensão, que o imóvel venha a ser alvo das sanções municipais, em decorrência da subutilização da propriedade, vez que não é detentor de recursos financeiros que lhe permita promover edificações.

O direito de superfície encontra-se albergado tanto nas disposições contidas no Estatuto das Cidades quanto no Código Civil vigente. A Lei nº. 10.257[17], de 10 de julho de 2001, é norma especial cuja finalidade e essência são distintas do Diploma Civilista, eis que aquela regula a disciplina urbanística e ambiciona a promoção da função social da cidade, conferindo-lhe sustentabilidade e condições dignas de vida, ao passo que esse trata o direito de superfície enquanto instrumento destinado a satisfazer as necessidades e interesses de cunho privado. Farias e Rosenvald, ao apreciarem o tema, com bastante pertinência, assinalam que:

Assim, se um município instituir direito de superfície no subsolo de uma praça – após prévia desafetação do bem público - a fim de que um particular edifique estacionamentos ou, então, um proprietário particular concede um espaço ocioso para que outro particular construa um centro de artes de acesso à população, aplicaremos as normas da legislação especial, que objetiva combater a especulativa subutilização de espaços urbanos e incrementar a criação de empregos e geração de riquezas. Todavia, se o proprietário *A* concede a superfície de seu terreno urbano para que *B* construa uma pista de Cooper em seu interesse particular, ou a concessão efetive-se no espaço aéreo de uma casa próxima a praia, para que o vizinho não perca a bela vista para o mar, estaremos no campo do Código Civil, pois apesar de se tratar de imóvel urbano, a relação jurídica é de direito privado, sem qualquer relevância imediata para o direito urbanístico[18].

Pela modalidade de direito de superfície albergada no Estatuto da Cidade, é permitido ao Poder Público cobrar das empresas cessionárias de serviços públicos um numerário pelo uso de seu solo ou espaço aéreo, eis que as redes de telefonia, eletricidade, televisão a cabo e infovia, utilizam a superfície das vias públicas ou, quando enterradas, seu subsolo, para implantar os seus serviços. Acresça-se, ainda, que a superfície encontra-se inserida no rol dos direitos reais, em *numerus clausus*, cujo elenco se encontra entalhado no artigo 1.225, inciso II, do Código Civil[19], constituindo-se por meio de registro do título constitutivo no Cartório de Registro Geral de Imóveis, produzindo efeito *erga omnes*.

Prima sublinhar o direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, uma vez que sua formação decorre de uma concessão do titular da propriedade com o escopo de futura edificação, sobre ou sob o solo, ou plantação, que, quando materializada pelo superficiário, dará corpo a um direito, inicialmente, incorpóreo em um bem concretamente autônomo à propriedade do solo do concedente. “O superficiário é também possuidor direto do espaço físico, que inclui o acesso ao entorno necessário para edificar ou plantar, abrangendo as áreas laterais do bem, possibilitando ao concessionário o mais cômodo uso da coisa” [20]. É permitido, ainda, que reconstrua ou replantar em caso de perecimento do bem superficiário na vigência da relação jurídica. Vale dizer que o bem superficiário, até que seja promovida a construção ou a plantação, será incorpóreo, convivendo, neste ínterim, concomitantemente, o direito real em coisa alheia, já que a superfície se estrutura em propriedade de outrem, e a propriedade do superficiário sobre o que ele erigiu e agora integra com definitividade o solo.

3 Conteúdo do Direito de Superfície

O instituto da superfície denota que o direito de construir tem um valor em si mesmo, independente do valor da propriedade, podendo, inclusive, agregar valor a esta, sendo considerado como direito transferível, eis que se encontra inserto no tráfego jurídico. Com efeito, o superficiário exerce os poderes dominiais sobre a acessão, já que é dono daquilo que se fez sobre o solo, podendo fruir da coisa, como, com clareza solar, verbaliza o artigo 1.369 do Código Civil [21]. Igualmente, poderá o superficiário dispor de seu direito por meio da transferência a terceiros, em razão da entabulação do negócio jurídico, como também devido ao princípio da *saisine* em favor dos herdeiros, quando do falecimento do superficiário. Clara é a dicção do artigo 1.372 do Estatuto Civil, “o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros” [22]. Sobreleva anotar, com baste ênfase, que a transferência da propriedade superficiária, quer seja na modalidade *inter vivos*, quer seja na espécie *causa mortis*, prevalecerá apenas pelo prazo afixado no negócio jurídico originário.

Poderá o superficiário, ainda, reivindicar a coisa de terceiros, tal como utilizar ações possessórias, em razão de agressões ao seu poder fático sobre o bem, já que é titular de propriedade e posse da área objeto da concessão. Farias e Rosenvald assinalam que “a sua legitimidade para o exercício de tais pretensões

não exclui a iniciativa autônoma do concedente (proprietário do solo), pois, na qualidade de possuidor poderá também manejar os interditos possessórios” [23]. Igualmente, poderá o superficiário constituir ônus reais sobre o seu direito de propriedade, concedendo parcelas dominiais para a formação de direitos reais em coisa alheia, a exemplo do que ocorre com o usufruto, servidão e direito de habitação.

Corriqueiramente, o objeto do instituto em comento é a transferência da propriedade das acessões, compreendendo-se as construções, em sentido amplo, e plantações. De maneira excepcional, será viabilizada a utilização do subsolo ou do espaço aéreo, nos termos em que assinala o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, o qual espanca que *“o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”* [24]. No que concerne ao subsolo, será necessário que o direito de superfície transpasse dois obstáculos, a saber: inexistência de recursos minerários, caso em que a União adquirirá a propriedade e que a utilização do espaço seja essencial para o empreendimento, como se infere, comumente, nos espaços urbanos, em que é necessária a construção de garagem subterrânea. No que tange à utilização do espaço aéreo, a previsão se encontra acinzelada no artigo 21, §1º, do Estatuto das Cidades [25], tendo aplicabilidade prática no âmbito do direito privado, a aquisição por condôminos da superfície do terreno lindeiro, com o escopo de obstar qualquer edificação no imóvel contíguo acima dos limites que inviabilizam o sossego, a privacidade e, até mesmo, o campo visual dos superficiários [26].

O Estatuto Civilista permitiu a constituição da superfície em negócios jurídicos apenas com prazos determinados, ao passo que a Lei Nº. 10.257/2001 permitiu, também, a modalidade do negócio sem prazo para imóveis urbanos. Cuida evidenciar que essa abertura permitida no Estatuto das Cidades não tem o condão de desnaturar o instituto em comento, eis que o que é vedado é a perpetuidade do direito de superfície e não o seu prolongamento. A concessão da superfície será gratuita se as partes assim o ajustarem, tal como poderá perceber o proprietário que não compensa a cobrança de valores, em razão da extensão das obras que serão revertidas ao seu patrimônio. Entrementes, poderá o proprietário estabelecer um valor a ser pago de uma única vez ou ainda uma remuneração mensal, denominada de *salarium*, como bem assinala o artigo 1.370 do Código Civil [27].

No mais, quadra destacar que o direito de superfície será objeto de negócio jurídico de cessão onerosa ou gratuita para terceiros, assegurando-se direito de preferência ao proprietário, em condições iguais a dos estranhos. Farias e Rosenvald assinalam que *“nada impede que seja o direito de superfície objeto de transferência por legado, em razão de disposições testamentárias, com a possibilidade de inserção de cláusula da propriedade superficiária”* [28]. Trata-se, com efeito, de negócio jurídico *causa mortis*, ao qual poderão ser aplicadas normas de ordem pública, sem que haja qualquer lesão. Em sendo o direito superficiário constituído a título *inter vivos*, é possível sua transferência, tanto no contrato com ou sem prazo, ficando o novo superficiário que o proprietário detém o direito de denunciar a superfície a qualquer tempo.

Frisar se faz carecido que o reverso também se impõe, eis que o proprietário, ao alienar o bem imóvel na vigência da relação de superfície, deverá conceder o direito de preferência ao superficiário, em consonância com o estipulado no artigo 1.373 do Código Civil [29]. Salta aos olhos que o direito de preferência resguardado no Ordenamento Pátrio valora e estimula a consolidação do direito de propriedade, unificando, via de consequência, a titularidade. Em sendo negligenciado o direito de preferência, em razão do silêncio do Estatuto Civil acerca de suas implicações, há que se colacionar, por oportuno, o abalizado entendimento de Farias e Rosenvald:

A nosso viso, duas soluções podem preponderar: a uma, concedem-se efeitos meramente obrigacionais em favor do proprietário ou do superficiário cuja preferência for violada, podendo pleitear perdas e danos, na forma estipulada pelo art. 518 do Código Civil; a duas, sanciona-se a violação ao direito de preferência com a própria possibilidade do titular do direito real depositar o preço e consolidar a propriedade e a superfície na sua posse. É de se optar pela segunda via, concedendo-se ao proprietário ou ao superficiário, a via de pretensão reivindicatória com supedâneo no direito de sequela, que é inerente a qualquer direito real. Para tanto, buscamos amparo na regra do art. 504 do Código Civil que permite ao condômino a que se negligenciou a preferência, a adoção do direito potestativo

de desconstituir o negócio jurídico de compra e venda no prazo decadencial de 180 dias, podendo em seguida buscar a coisa para si[30].

É fato que poderá o superficiário, na qualidade de proprietário do bem que edificou ou plantou, instituir direitos reais de fruição e garantia sobre a coisa. *Id est*, poderá o superficiário constituir direito real de usufruto, tal como promover hipoteca, como instrumento apto a assegurar a obtenção de financiamento hábil à efetivação da edificação. Neste sentido, clara é a redação do inciso I do artigo 1.473 do Código Civil, ao dispor dos objetos que podem ser hipotecados, “*os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles*”[31]. Há que se reconhecer a hipotecabilidade do bem superficiário como um fomento ao tráfego negocial, potencializando o financiamento habitacional. Cuida salientar, também, que o titular do direito real sobre a coisa alheia perderá os poderes dominiais no momento em que se findar a relação jurídica entre o proprietário e o superficiário.

Mister se faz anotar que o superficiário responderá, de maneira integral, pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, suportando, ainda, de maneira proporcional, à sua parcela de ocupação efetiva, com encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo se o contrário dispuser o contrato. Verifica-se que o Código Civil, em seu artigo 1.371[32], estabelece um responsável patrimonial em caráter de solidariedade passiva com o proprietário. “*Enquanto o contribuinte tem vínculo pessoal e direto com o fato imponible, o responsável se relaciona apenas de forma mediata com o fato gerador*”[33], podendo, deste modo, o Poder Público cobrar as obrigações tributárias tanto do proprietário quanto do superficiário, ou ainda de ambos.

4 Extinção do Direito de Superfície

A concessão uma vez extinta por averbação de seu cancelamento no Cartório do Registro Geral de Imóveis, o proprietário adentra na condição de titular da propriedade, de maneira plena, adquirindo, por extensão, as acessões edificadas pelo superficiário, sem nenhuma indenização a este, salvo se o contrato em sentido contrário albergou disposição. “*Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário*”, clara é a dicção do artigo 1.375 do

Código Civil[34]. A regra contida no dispositivo legal retromencionado demonstra que a superfície é propriedade resolúvel, uma vez que sua aquisição está atrelada a evento futuro, descrito no negócio jurídico de origem.

No que tange ao direito de superfície instituído sem prazo, cuja previsão encontra escora no Estatuto das Cidades, poderá o proprietário do terreno vindicar a resolução contratual a qualquer tempo, sendo considerada como suficiente a interpelação judicial ou extrajudicial do superficiário. *“De fato, em uma linha de razoabilidade, poderá o magistrado suspender a faculdade resolutória derivada do direito potestativo do proprietário”*[35]. Ainda que no silêncio do contrato, o proprietário venha a receber, de maneira gratuita, as acessões, tal fato não importará prejuízo ao superficiário, já que este teve a oportunidade de explorar a superfície por tempo suficiente para traduzir sua atuação em benesses financeiras. Deste modo, o pagamento de indenização ao superficiário se revela medida de exceção.

Cuida destacar que vindo à extinção da superfície se operar antes do prazo ajustado pelas partes, caso o superficiário conceda destinação distinta daquela para que foi concedida, na forma que verbaliza o artigo 1.374 do Código Civil[36]. Verifica-se, *in casu*, espécie de resolução contratual em decorrência do inadimplemento de obrigação de fazer, em razão do desvio da finalidade. *“A elisão da função social da propriedade é fato gravíssimo, sendo que qualquer alteração na feição a ser concedida ao bem demanda prévia consulta e anuência do proprietário”*[37], sendo, para tanto, carecido registro no Cartório Imobiliário, mediante termo aditivo com expressa menção à alteração convencionada entre as partes.

O inadimplemento e a resolução contratual podem decorrer da falta de pagamento do *salarium* ou pelo descumprimento de outras cláusulas entabuladas, como, por exemplo, recusa do pagamento do tributo ou, ainda, danos causados ao imóvel. Em ocorrendo, no curso do contrato de superfície, a desapropriação do terreno, a indenização a ser paga será, de maneira proporcional, dividida entre o proprietário e o superficiário, consoante a apropriação econômica de cada uma das partes, como elucida o artigo 1.376 do Código Civil[38]. O dispositivo legal pondera que o proprietário receberá o valor atinente ao terreno, ao passo que o superficiário

perceberá o *quantum* alusivo às acessões. Com o escopo de evitar iniquidade, o proprietário deverá se acautelar ao elaborar a cláusula contratual, prevendo que, quanto mais se avizinha o término da concessão, maior será a parcela de sua participação na verba indenizatória decorrente da desapropriação, a título das edificações erigidas pelo superficiário.

5 O Direito Real de Laje em análise: Primeiros Apontamentos à Medida Provisória nº 759/2016

Tecidas as ponderações caracterizadoras tradicionais do direito real de superfície, faz-se necessário refletir sobre o direito real de laje, também nominado de “direito de sobrelevação” ou “direito de superfície em segundo grau”, introduzido no ordenamento jurídico nacional por meio da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016^[39], que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Antes de esmiuçar o novel instituto, cumpre ponderar que o reconhecimento decorre da Política de Regularização Urbana (Reurb), na modalidade de interesse social (Reurb-S), aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, consoante dicção do inciso I do artigo 11 da medida provisória multicitada. Quadra, ainda, sublinhar que tais disposições não incidirão sobre os núcleos urbanos informais, ou à parcela deles, situados em áreas de riscos geotécnicos, de inundações ou de outros riscos especificados em lei, consoante redação do artigo 12.

Neste sentido, apresentam-se como objetivos da Reurb, nos termos do artigo 10 da Medida Provisória em destaque, compreendem: (i) identificar os núcleos urbanos informais, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar sua qualidade de vida; (ii) ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais, a serem posteriormente regularizados; (iii) promover a integração social e a geração de emprego e renda; (iv) estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; (v) conceder direitos reais,

preferencialmente em nome da mulher; (vi) garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; (vii) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes; e (viii) concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo[40].

Neste sentido, o direito real em comento pode ser delineado como o direito de superfície que o primeiro superficiário concede a outrem para que seja construída sobre a primeira propriedade separada superficiária. Oliveira vai assinalar que “o primeiro superficiário torna-se, em relação ao segundo superficiário, cedente de direito real de construir sobre coisa alheia, cujo exercício originará uma segunda propriedade separada superficiária sobre a primeira”[41]. Em mesma linha de dicção, Bellucci[42] vai afirmar que o direito em tela substancializa a possibilidade de um indivíduo ceder a superfície de construção, com o escopo de que terceiros possam sobre ela edificar outra unidade, de titularidade distinta daquela primitivamente construída sobre o solo. Nesta premissa, é possível assinalar que o morador da habitação inferior concede àquele que pretende estabelecer-se na laje, o direito de construir sua moradia.

Ao lado do exposto, é ofuscante a dicção do artigo 1510-A, introduzido no Código Civil em vigor pela medida provisória supramencionada[43], em especial quando afixa que o direito consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. É oportuno, ainda, consignar que o §1º do artigo 1.510-A estabelece como requisito que o direito real de laje só terá incidência quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos. O parágrafo subsequente, por sua vez, vai assentar que o direito real de laje compreenderá o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário do imóvel original.

O §3º do dispositivo em apreço afixa, em termos conceituais, que são consideradas como unidades imobiliárias autônomas aquelas que possuam isolamento funcional e acesso independente, qualquer que seja o

seu uso, devendo, para tanto, ser aberta matrícula própria para cada uma das referidas unidades. “ As unidades autônomas constituídas em matrícula própria poderão ser alienadas e gravadas livremente por seus titulares, não podendo o adquirente instituir sobrelevações sucessivas, observadas as posturas previstas em legislação local”, conforme expressa o §5º do artigo 1.510-A[44].

Referências:

AZEVEDO, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

BELLUCCI, Raffaéla Gatto. **O direito de laje a problemática do registro imobiliário**. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2ª ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno de. **Direito de laje**: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo grau. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível no site: . Acesso em: 24 dez. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em: 24 dez. 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 dez. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 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-Characterização. 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. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05.08.2009. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 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-Characterização. 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. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05.08.2009. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016.

[5] VERDAN, 2009, s.p.

[6] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[7] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 485.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 484.

[9] AZEVEDO, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 622, 22 mar. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

[10] DINIZ, 2011, p. 493.

[11] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 484.

[12] DINIZ, 2011, p. 492.

[13] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485.

[14] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[15] *Idem*. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 21**. O proprietário

urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485.

[17] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[18] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 486.

[19] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.225**. São direitos reais: [omissis] // - a superfície”.

[20] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 487.

[21] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.369**. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

[22] Ibid.

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 489.

[24] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[25] Idem. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 21**. [omissis] §1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

[26] Neste sentido: FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

[27] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.370**. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente”.

[28] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

[29] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.373.** *Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições*”.

[30] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 491.

[31] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[32] Ibid. “**Art. 1.371.** *O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel*”.

[33] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 493.

[34] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[35] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 494.

[36] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.374.** *Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida*”.

[37] FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 494.

[38] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016: “**Art. 1.376.** *No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um*”.

[39] Idem. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[40] BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[41] OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno de. **Direito de laje: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo grau.** Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016, p. 12.

[42] BELLUCCI, Raffaéla Gatto. **O direito de laje a problemática do registro imobiliário.** Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2016.

[43] BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

[44] BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2016.

A SÚMULA 584 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

CAROLINE BARBOSA ALVES:
Formada no Instituto Camilo Filho, advogada, pós-graduada em Direito Tributário pela Puc Minas e em Direito Previdenciário pelo CEUT.

RESUMO: O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – IR – é um imposto, de competência da União, sujeito ao princípio da anterioridade do exercício financeiro, nos termos do art. 150, § 1º, da Constituição Federal, e, por conseguinte, as leis que o tornem mais gravoso somente poderiam gerar efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao de sua publicação. Não obstante tal entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Enunciado de Súmula 584 parece desprezar os princípios tributários tanto da anterioridade do exercício quanto da irretroatividade, os quais buscam evitar a surpresa ao contribuinte e preservar o princípio da proteção da confiança. Apesar das críticas doutrinárias e da não aplicação da Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, o verbete sumular ainda não foi expressamente superado, mas a Corte Suprema, em seus debates, demonstrou a intenção de fazê-la, quando da análise de sua aplicação no julgamento do Recurso Extraordinário 592.396/SP.

Palavras-chave: Direito Tributário. Súmula 584. Violação. Princípio da Irretroatividade. Princípio da Anterioridade do Exercício. Segurança Jurídica. Proteção da Confiança.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a análise crítica da Súmula 584, do STF, à luz do fato gerador do Imposto de Renda e dos princípios da irretroatividade e anterioridade do exercício. Ao editá-la, o STF permitiu a retroatividade imprópria para os tributos periódicos.

Partindo destes pressupostos principiológicos, intenta, também, tratar dos Recursos Extraordinários nº 183.130 e 592.396, os quais afastam a aplicação do verbete quando se está diante da função extrafiscal do IR.

Pretende-se demonstrar a necessidade de ser expressamente superada, pois, atualmente, permite a retroação de leis tributárias sobre os seus fatos imponíveis, o que vai de encontro ao princípio da proteção à confiança como corolário da segurança jurídica e, também, do dever de uniformização da jurisprudência dos Tribunais, previsto no artigo 926, *caput*, do Novo Código de Processo Civil.

Percebe-se a relevância da matéria tratada na medida em que se apresentam como contribuintes deste imposto uma elevada parcela de contribuintes, sendo de suma importância que os critérios da hipótese tributária do IR sejam suficientemente claros e incontroversos para que seja garantida a segurança jurídica consagrada pela Constituição Federal. O planejamento tributário realizado pelos contribuintes não pode ser frustrado pelo objetivo arrecadatário do Estado.

Para a consecução dos objetivos expostos, o trabalho foi realizado com base em pesquisa exploratória e bibliográfica.

Inicialmente, expôs sobre os princípios da anterioridade do exercício e da irretroatividade e sobre as peculiaridades do IR. Após, abordou-se o entendimento da Corte nos recentes julgados em relação à matéria. Por fim e, em conclusão, demonstrou-se a necessidade de superação expressa da súmula.

2 DOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE DO EXERCÍCIO E DA IRRETROATIVIDADE

O Direito Tributário é informado por diversos princípios, sendo pertinentes a este trabalho dois em especial: o da anterioridade do exercício e o da irretroatividade.

Ressalte-se que o princípio da anterioridade qualificada ou nonagesimal não se aplica ao Imposto de Renda, conforme disposto no artigo 150, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

O Enunciado de Súmula 584, do Supremo Tribunal Federal, aduz que: “Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deva ser apresentada a declaração”. Contraria, portanto, os referidos princípios, conforme será exposto a seguir.

O princípio da anterioridade do exercício, consagrado no artigo 150, III, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, veda a cobrança de tributos no mesmo

exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Isso significa que, em regra, uma lei publicada em qualquer mês de determinado ano somente terá vigência a partir de 1º de janeiro do ano subsequente, garantindo, assim, proteção ao contribuinte.

Originalmente, o texto constitucional de 1988 somente previa a anterioridade do exercício financeiro. Existia uma garantia ao sujeito passivo: um certo tempo de preparação para o novo tributo. Contudo, o Poder Legislativo editava legislações tributárias, onerando o sujeito passivo, muito próximo ao final do exercício.

Com isso, pela anterioridade do exercício, a regra formal do princípio era respeitada (vigência a partir de janeiro), mas seu objetivo, a proteção ao sujeito, dando-lhe um prazo razoável, acabava sendo ignorado.

Surgiu, então, o princípio da anterioridade qualificada ou nonagesimal, dispondo que um tributo criado ou majorado deveria respeitar um prazo de 90 (noventa) dias para que pudesse ser cobrado.

O princípio da irretroatividade, por sua vez, além de estar previsto genericamente para as leis no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, foi também positivado de forma específica para as leis tributárias como uma limitação ao poder de tributar.

Veda-se, dessa forma, a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado” (artigo 150, III, “a” da CF/88).

Apesar da Constituição Federal não trazer qualquer exceção ao princípio, o Código Tributário Nacional elenca três hipóteses, previstas nos artigos 106 e 144, § 1º, abaixo subscritos:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que

não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Art. 144. (...)

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Em relação aos tributos cujos fatos geradores são instantâneos, tais como, o ICMS, a aplicação dos postulados da anterioridade e retroatividade mostra-se sem maiores controvérsias. Isso porque os fatos geradores ocorrem num momento preciso da linha do tempo.

A dúvida surge, no entanto, em relação aos tributos exigidos sobre fatos geradores complexos, compostos de diversos eventos que devem ser considerados de maneira global, como ocorre com o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

3 DA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS GERADORES E AS PECULIARIDADES DO IMPOSTO DE RENDA

A doutrina classifica os fatos geradores dos tributos como periódicos ou instantâneos. São periódicos os fatos geradores que se prolongam no tempo, sendo considerados ocorridos nos instantes legalmente determinados, gerando, a cada período concluído, uma nova obrigação tributária, como é o caso do IPVA.

Em contrapartida, são instantâneos aqueles que ocorrem num momento preciso da linha do tempo, dando ensejo ao surgimento, em cada caso de ocorrência, de uma nova obrigação tributária, como ocorre com o imposto de importação.

Os fatos geradores periódicos ainda se dividem em simples e compostos (complexivos). Os simples tomam por base um único evento, que se prolonga no tempo. Por exemplo, o fato gerador do IPTU é a propriedade, que se mantém indefinidamente no tempo.

Já os compostos possuem diversos eventos que devem ser considerados de maneira global, dentro de determinado período de tempo legalmente definido.

O principal problema da classificação é que, nos fatos geradores classificados como periódicos, a lei estipula exatamente o instante da completude e perfeição, o que faz com que possam ser classificados como instantâneos. É o que ocorre, inclusive, com o IR, como será visto adiante.

Ressalte-se que alguns autores, como o Professor Paulo de Barros Carvalho, criticam aqueles que classificam os tributos, dentre eles, o imposto de renda, como “complexivos”. Na visão do autor, somente seria relevante juridicamente o momento em que o seu período de apuração se encerrasse, pouco importando os fatos surgidos durante a sua formação, considerando-se ocorrido o fato gerador do imposto de renda no primeiro minuto do dia 1º de janeiro (2002, p. 137-142).

O tributo é de competência da União e tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos todos os acréscimos não compreendidos no conceito de renda.

A renda é o acréscimo patrimonial produto do capital ou do trabalho. Proventos são os acréscimos patrimoniais decorrentes de uma atividade que já cessou (PAULSEN, 2007, p. 48).

A Lei 7.713/1988, que regulamenta a tributação dos rendimentos, dispõe que:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Assim, o Imposto de Renda é considerado um imposto com fato gerador periódico composto (complexivo), visto que, a cada mês, a pessoa física pode auferir renda ou proventos, embora a jurisprudência pacífica considere ocorrido o seu fato gerador no dia 31 de dezembro de todo ano, conforme abaixo exposto no Recurso Extraordinário 553.508/PR:

Em razão disso, pode-se afirmar que a segurança jurídica, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não possui grande significação. Apesar de a Constituição determinar, por meio de vários dispositivos, que a segurança jurídica é um princípio da ordem constitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a ligação retroativa do fato gerador não atribuíram grande valor à segurança jurídica.

O próprio Supremo, em seus últimos julgados sobre o tema deu sinais de que irá superar o entendimento outrora adotado.

O Recurso Extraordinário 592.396/SP, abaixo colacionado, explicita de forma clara o recente entendimento tomado pelo STF, em sede de repercussão geral:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO INCENTIVADAS. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. FUNÇÃO EXTRAFISCAL. SÚMULA 584 DO STF. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR EM CADA OPERAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA. RE 183.130, DE RELATORIA PARA ACÓRDÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI. PRECEDENTE VINCULANTE. 1. **No RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, o Plenário desta Corte assentou que a utilização do Imposto de Renda com conotação extrafiscal afasta a incidência da Súmula 584 do STF.** 2. O fato gerador se consolida no momento em que ocorre cada operação de exportação incentivada pela redução da alíquota do imposto de renda, à luz da extrafiscalidade da tributação na espécie. 3. É inconstitucional a aplicação retroativa do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo ano-base. **Precedente: RE 183.130, de relatoria para o acórdão do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014.** 4. Recurso

extraordinário a que se dá provimento, **reafirmando a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral**, para reformar o acórdão recorrido e declarar a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, uma vez que a majoração de alíquota de 6% para 18% a qual se reflete na base de cálculo do Imposto de Renda pessoa jurídica incidente sobre o lucro das operações incentivadas no ano-base de 1989 **ofende os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica**.

Constata-se que da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal haure-se precedente em caso idêntico ao presente, isto é, o RE 183.130, de relatoria para o acórdão Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014, cuja ementa transcreve-se a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. OPERAÇÕES INCENTIVADAS. LEI 7.988/89, ART. 1º, I. 1. Não é legítima a aplicação retroativa do art. 1º, I, da Lei 7.988/89 que majorou a alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo exercício. Relativamente a elas, a legislação havia conferido tratamento fiscal destacado e mais favorável, justamente para incrementar a sua exportação. A evidente função extrafiscal da tributação das referidas operações afasta a aplicação, em relação a elas, da Súmula 584/STF. 2. Recurso Extraordinário improvido.

Contudo, esse julgamento foi iniciado antes da vigência da sistemática da repercussão geral, devendo ser aplicado ao presente caso como precedente vinculante.

Apesar dos julgados tratarem da não aplicabilidade da súmula ao IR no que toca ao seu aspecto extrafiscal, os Ministros discutiram no primeiro julgado acerca da necessidade de superação da mesma.

O Ministro Marco Aurélio ressaltou que: “Presidente, penso que o que há, na verdade, é a superação do verbete. O verbete mostra-se categórico ao revelar que, ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração. De início, concluirei pela superação do verbete, que deverá, portanto, ser cancelado”.

E seguiu-se a discussão com o Ministro Ricardo Lewandowski: “Eu consulto os Pares se estão de acordo, tendo em conta os precedentes, no sentido do provimento deste Recurso e da declaração de inconstitucionalidade. Não há divergência quanto a isso? Agora, com relação à superação do verbete, devemos averbar alguma coisa neste caso ou não?”.

Porém, não chegaram a um consenso para que houvesse a superação expressa do verbete.

Sendo assim, com base no dever de uniformização da jurisprudência, a Suprema Corte deverá superar a súmula expressamente para se adequar ao entendimento adotado nos referidos julgamentos, adotando-se toda a fundamentação já indicada e tendo em vista os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 927. (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou, brevemente, os conceitos do princípio da irretroatividade e da anterioridade do exercício financeiro, aplicáveis aos tributos em geral, assim como ao Imposto de Renda.

Como visto, o IR é imposto de competência da União, cujo fato gerador é considerado pela doutrina como periódico composto (complexivo), o que gera

dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da lei nova aos fatos geradores ocorridos anteriormente à sua publicação, conforme disposto no verbete sumular.

O STF possui o entendimento consolidado no sentido de que o fato gerador do imposto sobre a renda se materializa no último dia do ano-base, isto é, em 31 de dezembro. Assim, a lei que entra em vigor antes do último dia do período de apuração poderá ser aplicada a todo o ano-base, sem ofensa ao princípio da anterioridade da lei tributária. Poderia, porém, uma lei publicada no ano de apresentação da declaração retroagir para alcançar o fato gerador considerado ocorrido em 31 de dezembro?

Observou-se, ainda, que a súmula viola não apenas os princípios acima elencados, como também os princípios da capacidade contributiva e da segurança jurídica.

Assim, mostrou-se irrefutável a incompatibilidade da súmula 584 do STF com o princípios constitucionais, visto que uma lei publicada posteriormente ao fato gerador não poderá retroagir, embora o STF ainda não tenha superado expressamente a súmula.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos Recursos Extraordinários sobre a matéria, entendeu pela inaplicabilidade da súmula, o que culminaria na superação do entendimento, devendo ser feita de maneira expressa com base no dever de uniformização da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado** – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário** – 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. São P

AUTONOMIA DE VONTADE E CONSENTIMENTO ESCLARECIDO: UMA ANÁLISE SOBRE OS PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

MIKAELA BARREIRA COSTA:
Acadêmica do Curso de Direito da
Faculdade Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
(Orientadora) [\[1\]](#)

Resumo: O presente artigo faz uma análise da autonomia de vontade como desdobramento da dignidade face ao possível conflito de direitos fundamentais, a saber, a liberdade religiosa e o direito à vida, diante dos casos de pacientes Testemunhas de Jeová, bem como a validade legal do consentimento livre e esclarecido e as diretivas antecipadas de vontade de tais pacientes. Para a resolução deste questionamento, adota-se o método dedutivo e como técnica de pesquisa empregada o levantamento bibliográfico do tema através da legislação brasileira, doutrinas, análise jurisprudencial e observação do direito comparado, para a justificação da hipótese sustentada. Ademais, a investigação parte-se da ética biomédica hipocrática e a evolução da relação médico-paciente demonstrando os reflexos jurídicos do tema.

Palavras-chave: Autonomia; Dignidade; Direitos Fundamentais; Tratamento Médico; Testemunhas de Jeová.

Abstract: This article make an analysis of autonomy of will as a deployment of dignity against the potential conflict with fundamental rights, like religious freedom and right to life, toward cases of Jehovah's Witnesses patients, such as the legal validity of free and informed consent and their will through a durable power of attorney document. In order to resolve this issue, the deductive method was used, and as research technique used the bibliographic survey of the subject through Brazilian laws, doctrines, jurisprudential analysis and observation of comparative law, to justify the sustained hypothesis. In addition, this research starts from Hippocratic biomedical ethic and the evolution of doctor-patient relationship, by demonstration the legal reflexes of the subject.

Keywords: Autonomy; Dignity; Fundamental Rights; Medical Treatment; Jehovah's Witnesses.

Sumário: Introdução. 1. Autonomia como desdobramento da dignidade e a relativização dos direitos fundamentais. 2. Diretrizes dogmáticas das Testemunhas de Jeová e Tratamento Médico sem Sangue. 3. A manifestação da vontade no consentimento informado e a validade das diretivas antecipadas. 4. O consentimento livre e esclarecido e a diretivas antecipadas no direito comparado. 5. O direito de recusa como garantia da autonomia das Testemunhas de Jeová. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a evolução da medicina e um maior entendimento das garantias e direitos fundamentais que todo o ser humano tem, a relação médico-paciente passou por mudanças profundas que alterou a posição de submissão que o paciente se encontrava para uma posição de cooperação e respeito mútuo com o médico onde o ponto de vista das duas partes é considerado. Devido a isso, o paciente hoje tem maior autonomia para decidir quais tratamentos e procedimentos aceita.

A autonomia do ser humano está ligada a diversos direitos fundamentais que se desdobram em um fenômeno jurídico que nesta relação pode gerar implicações positivas e negativas para ambos os lados. Espera-se que a prestação de serviço médico coadune com as escolhas do paciente através do consentimento informado e a observação de manifestações antecipadas de vontade. Tendo em vista a possibilidade de situações contrárias a esta hipótese, direitos e garantias fundamentais entram em possível conflito colocando também em xeque a atuação médica e o limite da autonomia do paciente.

Mais delicado ainda é o cenário onde um paciente recusa determinado tratamento médico diante de suas crenças religiosas, como acontece com pacientes Testemunhas de Jeová. Assim, o presente artigo pretende estudar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a extensão deste fundamento constitucional na relação médico-paciente para definir o alcance da autonomia de vontade diante da recusa das Testemunhas de Jeová de se submeterem a tratamento médico à base de sangue.

1 AUTONOMIA COMO DESDOBRAMENTO DA DIGNIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como centro axiológico dos direitos fundamentais, a dignidade é, segundo Bondin de Moraes citada por Sarlet, qualidade única e própria do homem que nos diferencia dos animais (SARLET, 2003, p. 112). É a base sólida dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo o artigo 1º inciso III da Constituição Federal, como também fundamento da liberdade, da justiça e da paz, conforme celebra o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para Barroso, a dignidade é a “justificação última dos direitos fundamentais” (2010, p. 14). No aspecto social e individual, somente através da preservação da dignidade todos os outros direitos fundamentais podem ser exercidos para que a vida seja além do mero caráter biológico da condição de estar vivo, mas que seja possível a condição mínima para se viver bem, para que exista felicidade. Sarlet (2011, p. 60) traz a proximidade de uma conceituação do tema:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

O mínimo existencial advindo da dignidade dá ao ser humano a possibilidade de exercer outros direitos, tais como a liberdade, igualdade, bem como direitos sociais como a os direitos a alimentação, saúde e educação (TORRES, 1989, p. 33). Esse mínimo existencial ao mesmo tempo “é um direito negativo contra a intervenção do Estado e um meio de garantia positiva de prestações estatais” (TORRES, 1989, p. 35).

Como principal desdobramento da dignidade é especial atentar-se a expressão desse direito como a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos (BARROSO, 2010, p. 14). Esta faceta se dá através da autonomia privada, que segundo o dicionário Michaelis (2017, *online*) é:

“Capacidade humana de autogovernar-se e dirigir-se por suas próprias leis ou vontade própria, o seu direito de tomar decisões livremente. Do ponto de vista filosófico, é a liberdade do homem que, pelo esforço de sua própria reflexão, dá a si mesmo os seus princípios de ação, não vivendo sem regras, mas obedecendo às que escolheu depois de examiná-las”.

A autonomia como aspecto da dignidade é a “capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade” (BARROSO, 2010, p. 14). Essa capacidade não é absoluta, pois decisões impensadas e impulsivas fogem do razoável e podem ferir outros direitos fundamentais. No entanto, privar uma pessoa de decidir por si mesma os rumos que tomam sua própria vida pode resultar em um “totalitarismo dos direitos humanos” (BARROSO, 2010, p. 23).

No aspecto positivo do mínimo existencial, o Estado efetiva a garantia do ser humano exercer autonomia através do direito à liberdade. Merece aqui destaque o direito a liberdade religiosa. Desse modo, “o Estado Democrático de Direito não restringe sua atuação apenas a garantir e a regulamentar a liberdade religiosa, devendo também criar condições que possibilitem ao cidadão praticar sua fé” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 13).

A Constituição Federal assegura a liberdade religiosa em seu artigo 5º inciso VI. Nery Júnior ainda reforça que o Estado garante o exercício da liberdade religiosa reconhecendo que o cidadão tem o direito e a faculdade de exercer a sua fé e que sua conduta religiosa não justifica qualquer diferença de tratamento jurídico (2009, p. 15). Neste sentido segue o entendimento de Habermas citado por Nery Júnior (2009, p. 16):

“Independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas

estejam distribuídos, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combina, com uma forma de existência religiosa”.

Portanto, defende Nery Júnior que “o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode impor ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa e à sua dignidade” (2009, p. 16), pois, como ressalta Barroso, “o valor objetivo da vida humana deve ser conciliado com o conjunto de liberdades básicas decorrentes da dignidade como autonomia” (2010, p. 26).

Diante de um suposto conflito entre dois direitos fundamentais, a saber, a liberdade religiosa e o direito à vida, devem ser observados a ponderação de interesses proposta por Alexy (2015, p. 93). Apesar de aparentes superioridades entre um princípio a outro, Alexy destaca que diante do caso concreto, determinadas condições fazem com seja necessário a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros.

Barroso destaca a importância de desenvolver técnicas capazes de produzir soluções racionais que controlem normas que estão em rota de colisão (2010, p. 334-339). Essa técnica se aplica a casos onde estão presentes normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.

O ilustre doutrinador destaca que num primeiro momento, cabe ao intérprete detectar normas relevantes para a solução do caso. Como segundo passo, deve-se examinar as circunstâncias do caso concreto e a sua interação com os elementos normativos. Na terceira etapa, onde há a ponderação, os grupos de normas devem ser analisados junto ao caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos a cada elemento do conflito. Ademais, ressalta-se a importância de graduar a intensidade da solução escolhida e como será aplicada.

2 DIRETRIZES DOGMÁTICAS DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E TRATAMENTO MÉDICO SEM SANGUE

As Testemunhas de Jeová possuem como uma de suas crenças fundamentais o respeito pelo sangue, o que as leva a abster-se de utilizá-lo. Em observância aos ensinamentos contidos no Velho Testamento, entendem que no passado o sangue era proibido para consumo por se tratar de algo sagrado aos olhos de Deus. Por ser a representação da vida, com base em Levítico 17:14, o sangue animal era utilizado na nação de Israel apenas como sacrifício para o perdão de pecados.

Sob o arranjo teocrático da congregação cristã do primeiro século, com base no Novo Testamento em Atos 15:22, 28, 29, o respeito pelo não uso do sangue continuou como regra declarada pelos apóstolos, comparando-se tal ato à importância de se abster de outras práticas como a fornicação e a idolatria. Entendem as Testemunhas de Jeová que a expressão “abster-se... de sangue” engloba toda e qualquer forma de utilização do mesmo, seja como alimento, seja como tratamento médico. Portanto, em caso de necessidade médica, as Testemunhas de Jeová aceitam procedimentos sem uso de sangue.

As alternativas médicas às transfusões de sangue alogênico^[2] envolvem o uso sistemático de estratégias clínicas apropriadas para tratar hemorragias e anemia. Essas estratégias usam uma combinação de medicamentos, equipamentos e técnicas médico-cirúrgicas para reduzir ou evitar a perda sanguínea e para melhorar a produção de sangue do próprio paciente.

Essa terapia ou enfoque é comumente chamada de medicina e cirurgia sem sangue, ou preservação de sangue. Diversos são os métodos alternativos às transfusões de sangue, muitos deles sem a necessidade de equipamentos especiais, procedimentos de alto custo ou especialidades médicas.

Difere-se a medicina sem sangue de questões também polêmicas como a eutanásia e a ortotanásia. A eutanásia, segundo o dicionário Michaelis (2017, online), é a “ação de provocar a morte rápida e sem sofrimento de um ser humano (ou animal), em caso de moléstia incurável”. A ortotanásia, segundo Junges et al. (2010, p. 276), identifica-se com a “atitude médica de acompanhar o moribundo a

uma morte sem sofrimento, sem o uso de métodos desproporcionais de prolongamento da vida, como respiração artificial e outras medidas invasivas”.

O site Bloodless (2017) traz diversas modalidades de tratamentos e técnicas de baixo ou nenhum custo que podem ser utilizadas em qualquer pessoa, com o objetivo de preservar o sangue e evitar transfusões desnecessárias, bem como apresenta de que modos o médico deve assistir seu paciente em caso de indisponibilidade de bolsas de sangue na unidade de saúde.

Similarmente, o artigo médico ‘What to do if no blood is available but the patient is bleeding?’ [3] proposto por Mackenzie[4] e Shander[5], procurou solucionar o dilema em que um médico se encontra em salas de operação, unidades de tratamento intensivo ou departamentos de emergência que não possuem bolsas de sangue disponíveis ou compatíveis, bem como os casos de pacientes que recusam transfusões de sangue. O artigo apontou “estratégias de gestão práticas para o controle de hemorragias seguidas de traumas ou cirurgias quando não há disponibilidade de sangue ou esta não é uma opção” (2008, p. 40).

Dentre as opções, baseando-se no artigo (MACKENZIE; SHANDER, 2008, p. 40-42), podemos citar: carreadores artificiais de oxigênio, que são componentes capazes de transportar o oxigênio dos pulmões para os tecidos; controladores de sangramentos, como uma pressão direta sob o corte, compressas de gelo, torniquetes, hipotensão controlada, entre outros; hemodiluição e técnicas cirúrgicas e anestésicas que limitam a perda sanguínea durante a cirurgia através de um planejamento pré-operatório; eritropoetina, que estimula o corpo do próprio paciente à produção de glóbulos vermelhos; entre outros.

3 A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NO CONSENTIMENTO

INFORMADO E A VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

A medicina ocidental tomou como base o paternalismo de Hipócrates, o qual somente o médico tinha em seu poder as informações e a capacidade de decidir por seu paciente quais tratamentos e métodos deveriam ser utilizados (GOLDIM, 2006, p.117). Difere muito dos conceitos atuais da ética biomédica, segundo o qual

deve ser levado em consideração o ponto de vista do paciente sobre as intervenções que serão feitas em seu próprio corpo.

O consentimento informado é um termo utilizado para fins de conhecimento e anuência do paciente quanto a que tratamentos e procedimentos serão realizados pelo médico e é um “pré-requisito de toda atuação médica” (ABREU, 2015, p. 25). Baú demonstra importância de tal documento alegando que dessa maneira são preservados os direitos fundamentais da pessoa e o ônus do ato médico que traz uma série de consequências jurídicas (2000, p. 286-287).

Nery Júnior entende que o consentimento informado é ato jurídico, pois assim o paciente manifesta plenamente sua vontade (2009, p. 42). Neste sentido, entende Beltrão (2014, p. 11):

“O consentimento informado deve ser obtido em todo o tipo de intervenção médica, sempre de forma proporcional a capacidade de compreensão do paciente, por isso a importância da informação a ser prestada pelo médico, de modo que o paciente possa compreender e medir a dimensão do tratamento, a sua necessidade e utilidade, para que ao final tenha condições de manifestar a sua vontade”.

A manifestação de vontade pode também ser expressa por outro meio. Além do consentimento informado, o paciente pode declarar previamente sua vontade através de diretivas antecipadas que demonstrem genuinamente seu arbítrio. Azevedo (2010, p. 33) explica:

“O documento de antecipação da vontade é um documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão”.

Seguindo modelo de análise de Penalva (2009, p. 536-539), pondera-se tratar do tema segundo a forma, a capacidade do paciente, o prazo de validade do

documento e a sua eficácia. É imperiosa a pontuação de todos esses critérios para a análise das diretivas antecipadas de vontade.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há lei tratando do assunto. Apesar desta lacuna, desconsiderar o tema seria um grave atentado aos direitos fundamentais. Portanto, este assunto é tratado por interpretação analógica utilizando-se dos fundamentos constitucionais, o Código Civil e as resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Quanto à forma, segundo o artigo 107 do Código Civil, não havendo regulamentação expressa da lei, a declaração de vontade não dependerá de forma específica. Neste sentido, a antecipação de vontade em tese pode ser também oral. No entanto, para a consolidação do valor probatório do ato jurídico em questão, é recomendável que seja escrito. A resolução nº 1.995/2012 do CFM não sugere também nenhuma forma específica quanto às diretivas antecipadas de vontade, porém, no artigo 2º § 4º declara que o médico deverá registrar no prontuário a existência e as instruções de tal documento.

Quanto a capacidade do paciente, segundo Nery Júnior, embora a capacidade negocial descrita no artigo 104 do Código Civil seja um parâmetro, “não representa limite vinculativo para o consentimento” (2009, p. 44). A capacidade necessária para a manifestação de vontade antecipada ou para o consentimento informado está mais relacionada com o discernimento, a compreensão, e a maturidade para entender o que é e como se dará tratamento médico do que apenas o critério jurídico limitado a uma idade fixa.

A dignidade é inerente ao ser humano independente de sua idade. E a autodeterminação advinda deste direito fundamental não é uma característica que surge de imediato quando a pessoa completa uma idade específica, mas é característica progressiva que se desenvolve a medida que a pessoa envelhece. Neste sentido, Abreu (2015, p. 45) entende a importância da participação do paciente ainda que menor de idade:

“Em resumo, independentemente da idade, entendemos que a criança que tiver vontade e capacidade de entendimento deve ter uma palavra a dizer sobre assuntos que lhe digam respeito, principalmente quando

está em causa uma área tão sensível como os cuidados de saúde”.

Não há razão para prever um prazo de validade fixo das diretivas antecipadas de vontade. Porém, deve-se destacar que tal documento é revogável a qualquer tempo pelo próprio declarante, podendo também ser alterado em qualquer momento, desde que o paciente continue demonstrando todas as características já mencionadas. Sobre este assunto, é o posicionamento do Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. autorização para realização de procedimento cirúrgico. NEGATIVA DO PACIENTE. necessidade de ser respeitada a vontade do PACIENTE.

1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente.

2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente.

3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica.

4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar.

NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO” (grifo do autor).

Segundo Nery Júnior (2009, p. 47), as diretivas antecipadas de vontade são *erga omnes*, possuindo eficácia vinculante aos profissionais da saúde, “sob pena de responder civil, eticamente e criminalmente por seu descumprimento”. Para Alves (2016, p. 361), o reconhecimento da autonomia do paciente não causa a exclusão da autonomia do médico, mas demonstra que deve existir uma relação para que as decisões sejam mutuamente respeitadas e compartilhadas.

Sob essa égide, a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que diante da plena capacidade civil de uma pessoa, consciente e em condições de manifestar sua livre e espontânea vontade, declarações impressas ou manuscritas quanto aos procedimentos médicos aceitos baseados em suas convicções religiosas são válidas e devem ser respeitadas. Diante do consentimento informado, ainda que a recomendação médica seja divergente da manifestação antecipada, esta última deve ser reconhecida.

4 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E A DIRETIVAS

ANTECIPADAS NO DIREITO COMPARADO

Em 1º de Dezembro de 1999 entrou em vigor na ordem internacional a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (1997) ou como é mais conhecida, a Convenção de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina, que trata, além de diversos assuntos, sobre o consentimento livre esclarecido e a vontade anteriormente manifestada.

Em seu artigo 5º traz como regra geral, que qualquer intervenção na saúde de terceiros só pode ser efetuada após o consentimento livre e esclarecido.

Conforme o artigo declara, “esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos”.

Qualquer manifestação de vontade anteriormente feita deve ser levada em consideração caso o paciente não possua em algum momento condições de expressar sua vontade. Ademais, qualquer violação de seu arbítrio garantido através de tais direitos que gere um dano injustificado, acarreta em reparação equânime de suas condições, na medida do possível.

Nos Estados Unidos, *A Patient Self-Determination Act* – PSDA (Ato de Auto-Determinação do Paciente) de 1990 foi uma emenda à Lei de Segurança Social dos Estados Unidos que tem como objetivo exigir que hospitais, instalações de enfermagem especializada, agências de saúde em casa, programas de cuidados paliativos e organizações de manutenção da saúde respeitem e assegurem que o paciente tenha autonomia em decidir, até mesmo antecipadamente, quais tratamentos e cuidados médicos lhe serão aplicados.

Clotet traz a atenção em seu artigo Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: Um Estudo da *The Patient Self-Determination Act* (1993), o seguinte posicionamento do Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana:

“O princípio da autonomia do paciente exige que os médicos respeitem a decisão do paciente com capacidade para a tomada de decisões no que diz respeito à suspensão do tratamento. Este princípio continua sendo o mesmo quando o resultado provável da suspensão do tratamento é a morte do paciente... A obrigação de oferecê-lo não inclui a obrigação de impô-lo a um paciente que não o quer”.

Percebe-se aí que a intervenção do médico não ultrapassa aquilo que o próprio paciente entende como viável à manutenção de sua vida. Neste caso, a obrigação do médico vai até o limite de informar claramente ao paciente os tratamentos disponíveis ao seu caso e seus riscos e a partir daí, este determina aquilo que diz respeito à sua própria vida.

Em que pese a possibilidade do paciente encontrar-se em situação grave onde não seja possível expressar sua vontade, a PSDA traz como garantia a manifestação de vontade através das Diretivas Antecipadas (DA), onde o paciente de forma livre e consciente declara previamente instruções para os seus cuidados médicos bem como transfere a um responsável legal ou curador o cuidado de sua saúde em um possível estado de inconsciência.

Através das Diretivas Antecipadas, o paciente pode recusar possíveis tratamentos específicos, até mesmo a ressuscitação em caso de parada cardiorrespiratória e procedimentos que venham prolongar de forma dolorosa sua vida. É importante salientar, conforme traz Clotet (1993), que “a lei reconhece, nestes casos, a imunidade civil e criminal dos médicos que suspendem o tratamento”.

No Brasil o tema é inicialmente tratado na Constituição Federal a partir dos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º e é reflexo da junção dos direitos à dignidade, à liberdade e à igualdade de todos os seres humanos. Advindos da primeira geração de direitos fundamentais, estes direitos limitam a atuação do Estado, impondo-lhe liberdades negativas que o abstem de tomar decisões aos particulares de modo extensivo.

A manifestação de vontade também é elencada na Lei nº 9434/97 que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante. No caso de pessoa viva, procede de acordo com o artigo 9º § 4º da referida lei o seguinte método:

“Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada”.

O Código Civil traz em seu capítulo sobre direitos da personalidade, a autonomia de vontade descrita no artigo 15 onde reza que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Penalva (2009, p. 534), preleciona que este artigo deve ser analisado através de hermenêutica constitucional, pois segundo ele:

“[...] ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade”.

Nesta mesma linha de pensamento, o Código de Ética Médica em suas disposições sobre os Direitos Humanos, trata do tema por considerar no artigo 22 como dever do médico obter consentimento do paciente após explicar a ele ou ao seu representante legal os procedimentos a serem realizados. Essencial destacar o artigo 24 que admoesta o médico ao declarar que este não deve usar de sua autoridade para reprimir o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) elaborou a Declaração de Bioética e Direitos Humanos e o Relatório do Comitê Internacional de Bioética da Unesco sobre Consentimento Informado. Esses dois documentos trouxeram informações sobre o procedimento a ser adotado para a garantia do consentimento. A Recomendação do CFM nº 1/2016 buscou adequar-se a essas orientações.

Esta recomendação dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido diante de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que são indicados ao paciente. O denominado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é elaborado preferencialmente escrito, onde destaca de forma clara ao paciente como se dará o procedimento médico e as possíveis consequências deste. Tal documento possui como objetivo contribuir para a tomada de decisão do paciente bem como contribuir para o aperfeiçoamento da relação médico-paciente. Ainda sobre o consentimento, o artigo 6º declara:

“Artigo 6º – Consentimento

[...] Qualquer intervenção médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo”.

Tamanha a importância de respeitar a autonomia do paciente que foi caracterizado como princípio deontológico fundamental. Consoante a esse importante princípio foi inserido no Capítulo I, o inciso XXI, com o seguinte teor:

“No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.”

Desta forma, ressaltando a importância do Consentimento Livre e Esclarecido e a Autonomia do Paciente a Recomendação nº 01/2016 reconhece esta prática médica como obrigatória, pois receber informações quanto aos procedimentos e tratamentos médicos “é direito fundamental do paciente, estabelecido no mesmo patamar hierárquico da liberdade, da igualdade e da dignidade humanas”.

Ademais, ressalta-se a importante Resolução do CFM nº1995/2012 que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Em que pese à ausência de lei para tratar sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina, no uso de suas atribuições, considera a importância do assunto para a boa continuidade da relação médico-paciente, por respeitar a autonomia do paciente através das diretivas antecipadas de vontade.

Embora trate da matéria de forma resumida, a resolução estabelece que os desejos previamente manifestos pelo paciente devem ser respeitados, independente do posicionamento de outros pareceres, inclusive do de familiares.

Para tanto, é imperiosa a notificação do médico quanto da existência de diretivas antecipadas de vontade. De acordo com o parágrafo 4º da resolução, o desejo prévio do paciente deve ser registrado no prontuário, e todas as informações devem ser levadas em consideração pelo médico.

5 O DIREITO DE RECUSA COMO GARANTIA DA AUTONOMIA DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Para uma Testemunha de Jeová, receber tratamento à base de sangue não é uma opção tampouco um assunto trivial, pois consideram isso como uma repugnante violação de seu corpo. Não se trata de *recusa de todos os tratamentos médicos*, mas da *escolha de tratamento que lhe é aceitável*, que não vá de encontro com suas crenças. Não pode ser encarado como menosprezo pela vida e não é uma atitude suicida. Em sua obra, Azevedo cita Faria (AZEVEDO 2010, p.19), que traz o peso de tal posicionamento:

“O que está em causa (e tenham-se em vista os bens jurídicos em jogo) não são, assim, meros desejos arbitrários, opiniões, vontades, de relevância discutível ao nível da personalidade do indivíduo, mas sim uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo desrespeito implica em sérias consequências em termos de personalidade individual”.

Neste sentido, segue entendimento proferido na 1ª Região do Tribunal Regional Federal:

“CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PACIENTE INTERNADO. TRATAMENTO APLICADO PELA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE COMPULSÓRIA. RECUSA DA PESSOA ENFERMA. OPÇÃO POR MODALIDADE DIVERSA DE TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE. DIREITO DE ESCOLHA DA ESPÉCIE

DE TRATAMENTO MÉDICO. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHEDIDO E PROVIDO.

(AG 0017343-82.2016.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 08/07/2016)”.
.

Por conta disso, a fim de evitar situações onde lhe seja imposta a transfusão de sangue, as Testemunhas de Jeová exercem seus direitos por portar consigo um documento chamado Diretivas Antecipadas e Procuração para o Tratamento de Saúde, documento legalmente válido, conforme analisado, que tem como objetivo estabelecer limites claros quanto aos procedimentos e tratamentos aceitos individualmente.

Conforme preleciona Azevedo, “a dignidade da pessoa humana não está condicionada a um determinado estado físico ou clínico, e é possível preservar a autodeterminação do paciente de forma preventiva” (2010, p. 32). Este documento para uso médico foi elaborado primariamente para lidar com situações de emergência, porém também trata de aspectos específicos que cada paciente aceita ou não em caso de cirurgia eletiva.

A autonomia da vontade não consiste apenas no respeito da pessoa por *ser* humano. Apesar de importante, vai além disso, pois consiste em tratar com respeito aqueles que tem sua autonomia reconhecida conforme seus valores morais individuais. Fonseca (2011, p. 488) traz importante posicionamento quanto à autonomia da vontade e a dignidade de pacientes Testemunhas de Jeová:

“O reconhecimento de que vida não pode ser compreendida somente na sua acepção biológica, mas também, por certo, na acepção moral e que aquilo que diz respeito à exclusiva e íntima relação da pessoa consigo mesma [...] não pode ser submetido à intervenção estatal sem sacrifício do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Quando existe conflito de valores morais, não raro uma das partes deixa de reconhecer a autonomia do outro ser humano. Tendo em vista que a maioria das pessoas não compartilha as mesmas crenças das Testemunhas de Jeová, não raro

surge o questionamento de se decisões de julgadores e a opinião dos médicos com respeito à vida baseia-se apenas em valores morais próprios.

Sem um ponto neutro de avaliação, será impossível se livrar de preconceitos morais. O julgador bem como o médico devem tomar suas decisões livre de qualquer ponto de vista pessoal sobre o tema para que não seja ferida autonomia de outrem. E como reforça Fonseca, “não é preciso concordar com o ponto de vista das Testemunhas de Jeová quanto à recusa às transfusões de sangue, mas deve ser reconhecida e respeitada sua autonomia” (2011, p. 496).

Por exemplo, diante da situação de iminente risco de vida onde o paciente se encontra inconsciente, e não há qualquer menção de procurador e não é possível obter por qualquer meio seu consentimento, o médico está autorizado de agir, sob pena de responder por omissão de socorro conforme descrito no artigo 135 do Código Penal. Neste caso, o médico presume que o paciente autoriza qualquer intervenção médica a ele imposta.

No entanto, existe uma grande diferença para a condição dos casos de pacientes Testemunhas de Jeová que portam consigo seus documentos de antecipação de vontade ainda que em iminente perigo de vida, pois realizar intervenção médica *sem* o consentimento do paciente não é sinônimo de intervenção *contra* o seu consentimento (NERY JÚNIOR, 2009, p. 31). Nesta circunstância, também reforça AZEVEDO (2010, p. 40):

“Se o paciente recusar o tratamento de transfusão de sangue e optar por tratamentos médicos que a dispensem, e o médico respeitar sua vontade, não se consumará o crime de omissão de socorro por parte do profissional da medicina”.

Por outro lado, agir *contra* a vontade do paciente não é amparado pela excludente de ilicitude do inciso I, do § 3º do artigo 146 do Código Penal, caracterizando assim o crime de constrangimento ilegal, tendo em vista que a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso II declara que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de falar alguma coisa senão em virtude de lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste artigo demonstra a complexidade da relação médico-paciente, os reflexos jurídicos decorrentes e a importância de dirimir possíveis conflitos de direitos fundamentais no caso concreto. De um lado, apresenta-se o posicionamento médico e o poder do juiz de determinar que seja imposta a transfusão de sangue defendendo que somente através deste tratamento será assegurado o direito à vida.

De outro lado, está o paciente Testemunha de Jeová com dogmas bem estabelecidos que fazem parte de seu estilo de vida, o qual entendem como uma grave violação de seu corpo e de sua autonomia terem de se submeter forçadamente à uma transfusão de sangue diante de uma emergência médica, e que buscam o respeito pelo seu posicionamento quanto à essa questão através de diretivas antecipadas de vontade e o consentimento livre e esclarecido.

Após a análise doutrinária e jurisprudencial do assunto, pode-se constatar que sem o respeito pela autonomia do paciente é impossível assegurar sua dignidade. Qualquer paciente tem o direito ao consentimento esclarecido e de manifestar-se sobre sua própria saúde. Tratados internacionais, a Constituição Federal, leis análogas e o Conselho Federal de Medicina reconhecem que é comportamento ético e humano que a relação médico-paciente se dê através de decisões compartilhadas baseadas no respeito mútuo.

Ainda, percebe-se através de estudos médicos que existem diversas modalidades de tratamentos alternativos à transfusão de sangue que são disponíveis e que podem ser utilizados quando não há disponibilidade de sangue no hospital ou quando não é uma opção, como é o caso dos pacientes Testemunhas de Jeová. Percebe-se que sob o aspecto médico, a transfusão de sangue não é o único tratamento disponível, tampouco uma garantia irrefutável do direito à vida.

As Testemunhas de Jeová têm sólido embasamento legal para a sua recusa quanto a tratamentos à base de sangue, por se tratar não de uma abstenção à vida, mas de uma escolha consciente do melhor tratamento que lhe cabe. Posto isso, conclui-se que o aparente conflito de direitos fundamentais cai por terra, haja vista

que a busca por um melhor tratamento médico demonstra um profundo interesse na preservação da vida, respeitando também ideologias individuais.

Ainda que em situações de emergência, é vital a observação da manifestação antecipada de vontade feita pelas Testemunhas de Jeová para a garantia de um tratamento médico que respeite a vida não apenas no contexto biológico, mas em todos os aspectos da vida, para que assim, seja acima de tudo, exercida a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais: A estrutura das normas de direitos fundamentais**. Brasil: Malheiros Editores, 2015;

ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. 1999. 139 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências da Saúde, Escola Nacional de Saúde Pública / Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999. Cap. 3;

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente**. *Revista HCPA: Seção de Bioética*, Porto Alegre, v. 36, n. 4, p.358-362, 2016. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2017;

AUTONOMIA. In: **MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2017. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2017;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. São Paulo, 2010;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva, 2010. Pág. 334-339;

BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais.** Parecer Jurídico, Rio de Janeiro, 05 de abril de 2010;

Bloodless. Opções alternativas às Transfusões de sangue. Disponível em: <http://bloodless.com.br/opcoesalternativas-transfusoes-de-sangue/>. Acesso em: 10 fev 2017;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal; 1988 [acesso 12 fev 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm;

_____. **Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispões sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. 1997 [acesso 10 fev 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm;

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** [Internet]. 2002 [acesso 10 fev 2017]. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm;

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, 23 dez 1940;

CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: Um estudo da The Patient Self - Determination Act. **Revista Bioética**, Distrito Federal, v. 1, n. 2, p.1-7, 1993. Semestral. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2017;

Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica** (Resolução CFM No 1931/2009). Brasília: CFM; 2010;

Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União. 2012; Seção I(170):269–70;

Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica; Brasília: CFM; 2016;

Conselho da Europa. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, Oviedo, 1997. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>;

FONSECA, Ana Carolina da Costa. **Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica**. *Revista Bioética*, 2011. v. 19, nº 2: 485-500;

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento e informação: A importância da qualidade do texto utilizado**. *Revista HCPA: Seção de Bioética*, Porto Alegre, v. 26, n. 3, p.117-122, jan. 2006. Quadrimestral;

JUNGES, José Roque et al. **Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia**. *Revista Bioética*, Distrito Federal, v. 18, n. 2, p.275-288, 2010. Quadrimestral. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2017;

MACKENZIE, Colin F; SHANDER, Aryeh. What to do if no blood is available but the patient is bleeding? **Southern African Journal Of Anaesthesia And Analgesia: SAJAA**, Mackenzie, v. 14, n. 1, p.39-43, jan. 2008. Bimestral. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo [coord.]. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais**. São Paulo/SP/Brasil, 2009;

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. [Internet]. Paris: Unesco; 2005. Disponível: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 01 mar 2017;

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). **Report of the International Bioethics Committee on Consent**. Paris: Unesco; 2008;

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 534;

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011;

The Patient Self-Determination Act of 1990. Washington: House of Representatives, H.R. 4449. U.S. 101st Congress, 2d Session, 1990: 1-9;

TJ/SP. 6ª. Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 0065972-63.2013.8.26.0000**. Relator: Des. ALEXANDRE LAZZARINI, julgado em 09 de abril de 2013;

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo. FGV, 1989. p. 33 et seq;

Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada. Estados Unidos: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015;

TRF – 1ª REGIÃO. 6ª turma. **Agravo nº 0017343-82.2016.4.01.0000**. Relator: Desembargador Federal KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1, julgado em 08 de julho de 2016;

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls**. *Kriterion* [online]. 2013, vol.54, n.127, pp.197-210. ISSN 0100-512X. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 10 fev 2017.

NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em tecnologia nuclear IPEN/USP, orientadora desde artigo; [\[email protected\]](#)

[2] Sangue alogênico é o sangue tomado de diferentes indivíduos da mesma espécie.

[3] Tradução livre: O que fazer se não tiver sangue disponível mas o paciente está sangrando?

[4] Professor do Departamento de Anestesiologia da Escola de Medicina da Universidade de Maryland, Baltimore, EUA.

[5] Professor de Anestesiologia, Medicina e Cirurgia da Escola de Medicina Monte Sinai, New York, EUA; Chefe do Departamento de Anestesiologia de Cuidados Intensivos e Medicina Hiperbárica do Hospital e Centro Médico de Englewood, New Jersey, EUA.

O DIREITO DO TRABALHO E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS RELAÇÕES DEMOCRÁTICAS TRABALHISTAS EM COTEJO COM OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:
Bacharelanda do curso de Direito no Centro
Universitário Ages - UNIAGES

Resumo: A compreensão do Direito do Trabalho, bem como do instituto da Negociação Coletiva nas relações trabalhistas, com sua evolução histórica e conceitual apresenta abundante campo de estudo e reflexões. No contexto, o Brasil com a Constituição Federal de 1988 traz consigo direitos coletivos já dispostos aos cidadãos há muito tempo, porém desta vez mais acessíveis a todos. Notamos que a cada dia o Estado Brasileiro tem procurado ser mais garantista, social e democrático, sendo igualmente verdadeiro que apesar de suas limitações o direito tem evoluído para assegurar aos cidadãos de cada Estado a garantidos direitos humanos de forma mais eficaz, ao permitir a criação de sindicatos, cujo objetivo é através das Negociações Coletivas de trabalho e demais meios alternativos proteger os trabalhadores das arbitrariedades dos empregadores. Assim, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que o sistema jurídico brasileiro por intermédio da Carta Magna ao permitir a livre criação de sindicatos e a filiação a estes, deve assegurar a necessidade de afirmação das Negociações Coletivas no solo pátrio, pois a luta por melhores condições de trabalho e conseqüentemente, a concretude dos direitos humanos, deve estar ao alcance de todos os seus cidadãos. Nesse sentido, se discutirá a Negociação Coletiva como um direito fundamental no trabalho e como a atuação ativa dos sindicatos e do Estado, ante a inércia daquele, ajuda a contribuir para atingirmos de modo intrínseco a paz e os Direitos Humanos e a democracia, já que o acesso efetivo destes é porta de entrada para a tão sonhada justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação Coletiva; trabalho; Direitos; Princípios.

INTRODUÇÃO

No Brasil, depois de mais de duas décadas sob o regime de força da Ditadura Militar, promulgou-se em 1988 a conhecida Constituição Cidadã cujos pilares que alicerçam sua estrutura, baseiam-se no respeito à dignidade da pessoa humana e na valorização dos direitos e garantias individuais fundamentais, inclusive o direito ao trabalho.

Apesar de tamanha evolução ainda são encontradas diversas barreiras às quais dificultam a efetividade desse direito, principalmente, quanto a hipossuficiência do trabalhador, aos óbices ainda existentes referente às negociações coletivas de trabalho e a inobservância de princípios extremamente importantes para o alcance de relações democráticas de trabalho.

O direito ao trabalho, como direito social, é garantia que deve se estender a todos sem quaisquer restrições, independentemente de raça, cor, etnia, sexo, pois, todo cidadão tem o livre arbítrio de fazer valer seus direitos resguardados pela Constituição, buscando não somente o acesso ao judiciário quando numa relação de trabalho seja desrespeitado, mas também meios alternativos como ajuda do sindicato, participar de greves na reivindicação de seus direitos e de negociações coletivas.

Nesse contexto, o direito ao trabalho apresenta-se como direito fundamental e humano, e Negociação Coletiva um meio eficiente de buscar a garantia de tais direitos, pois se trata de o reconhecermos como um direito básico e inerente ao ser humano, principalmente, para aqueles hipossuficientes, que por diversas barreiras impeditivas, muitas vezes, não tem suas necessidades básicas atendidas satisfatoriamente.

Consiste, portanto, o direito do trabalho, assim as Negociações Coletivas nas relações democráticas de trabalho em dizer que todo cidadão trabalhador quando diante de uma arbitrariedade e ameaça a quaisquer de seus direitos pode recorrer a outros meios que não o judiciário e confiar que realmente suas pretensões serão atendidas de forma justa e democrática, tendo o os sindicatos, a obrigação de atender às reais necessidades de seus filiados.

2- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é um ramo da ciência cujo objeto de estudo são as normas e princípios jurídicos que regem as relações de trabalho, e dispõe acerca da organização da atividade laboral.

A escravidão foi considerada a primeira forma de trabalho, momento em que o escravo não era considerado sujeito de direito, mas um animal doméstico, os nobres não negavam

[...] que os escravos pudessem ser humanos; negavam somente o emprego da palavra “homem” para designar membros da espécie humana totalmente sujeitos à necessidade [...] O *animallaboransé*, realmente, apenas

uma das espécies animais que vivem na terra – na melhor das hipóteses a mais desenvolvida. (ARENDDT, 2007, p. 96).

Nesse diapasão, a escravidão era considerada inerente às condições da vida humana e que seu fim significava uma fatalidade a comparar-se pior que a morte, pois podia transformar o homem “livre”, isto é, aqueles que detinham o poder, em um animal doméstico. No contexto, o escravo era considerado o mais desenvolvido animal, pois faziam o trabalho duro enquanto que aos outros competia, por meio da palavra, participar dos negócios.

Posteriormente, há a servidão, período em que os nobres não trabalhavam, pois, o ato de trabalhar ainda era considerado um castigo. Os senhores feudais “davam proteção militar e políticas aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham que prestar serviços na terra do senhor feudal. ” (MARTINS, 2010, p. 04), em troca de tal proteção os servos trabalhavam para manter a sobrevivência dos nobres que nada mais faziam.

Logo em seguida temos o surgimento das corporações de ofício fase da história em que o capitalismo e a incessante busca pelo lucro fizeram com que operários, incluindo, mulheres e crianças fossem submetidos a longas jornadas de trabalho, tratados de maneira cruel e desumana. É o que demonstra LAFARGUE em sua obra intitulada Direito à Preguiça ao afirmar que:

[...] à fadiga de um dia de trabalho excessivamente longo, visto que tem pelo menos quinze horas, vem juntar-se para estes desgraçados a das idas e vindas tão frequentes, tão penosas. Daqui resulta que à noite chegam a suas casas oprimidos pela necessidade de dormir e que no dia seguinte saem antes de terem repousado completamente para se encontrarem na oficina à hora da abertura. (1999, p.17).

Demonstrado fica que a classe operária era, sem dúvidas, privada das condições básicas de vida que uma pessoa necessita para sobreviver. Um verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana.

As corporações de ofício foram abolidas com a Revolução Francesa, dando início à liberdade contratual e o reconhecimento dos primeiros direitos econômicos e sociais, o direito ao trabalho.

Nota-se que também a igreja muito contribuiu para a desvalorização e escravidão do homem, pois por longas décadas, na zona rural, o camponês era submetido ao padre,

e tanto esses como os operários pobres da zona urbana eram submissos ao clero e enganados com a invenção das indulgências, contribuindo para a acumulação de bens por parte da igreja. Assim, dispõe DE MASSI, 2000, na ilustre obra denominada Ócio Criativo, que havia grande preocupação da igreja e “o papa adverte para o perigo de que as classes pobres pretendem enriquecer. Quanto menor for o número de pobres, menor será o número de fiéis com o qual a igreja poderá contar” (p. 36)

Com o surgimento da máquina a vapor passa a surgir a necessidade de o estado intervir nas relações de trabalho, pois estava havendo a excessiva jornada para mulheres e crianças e diferença salarial destes em relação aos homens.

No Brasil, diz-se que o surgimento do Direito do Trabalho está fortemente ligado à abolição da escravidão, em meados 1888. No entanto, a matéria teve história desde 1850 com as leis instituídas pelo Código Comercial, o qual trazia regras de proteção geridas aos trabalhadores.

Entretanto, somente a partir de 1943, é que se tem a verdadeira baliza do direito do trabalho, bem como a criação de seu mais formidável documento - a Consolidação das Leis do Trabalho -, criada pelo Decreto-Lei número 5.452, sancionado pelo presidente Getúlio Vargas, na era da ditadura varguista, cujo objetivo era “apenas o de reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as”, pois na época tinham inúmeras leis sobre assuntos trabalhistas

Outro marco importante desse ramo do direito surge com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual dispõe sobre a competência e organização da justiça do Trabalho.

Tendo em vista quadro tão horrendo, muitas lutas foram travadas contra a burguesia até a classe trabalhadora conseguir alcançar certos direitos, ainda que poucos, mas inerentes a uma vida digna. No Brasil, por exemplo, por volta de 1983 foi criada a Central Única dos Trabalhadores (CUT), com o objetivo de defender os interesses dos operários. Posteriormente, surge a criação de sindicatos e a organização de greves.

3- NEGOCIAÇÃO COLETIVA NUMA PERSPECTIVA DE GARANTIR A CONCRETUDE DOS DIREITOS HUMANOS

A negociação coletiva de trabalho no Brasil, ganhou importância, a partir de 1980, período em que se elevou as transações coletivas firmadas entre trabalhadores e empregadores através de Convenções e Acordos coletivos justamente num período de processo de redemocratização do país, e de restabelecimento dos direitos humanos fundamentais.

No contexto, afirma Teixeira, 2007 que a Negociação Coletiva compreende todas as negociações que envolvem um empregador ou um grupo de empregadores ou organização de um grupo de empregadores e ou várias organizações de trabalhadores visando fixar condições de trabalho e disciplinar as relações entre empregados e empregadores.

Sobre a negociação Coletiva entre empregados e empregadores afirma Otávio Pinto e Silva:

Cabe não somente permitir, mas também, se necessário, incentivar e promover o pleno desenvolvimento da Negociação Coletiva. Cogita-se, portanto, de uma atuação positiva estatal, não basta o reconhecimento formal ao direito de negociação. É preciso ir mais além[...] (1998, p. 93)

Do exposto pelo citado autor, depreende-se que de acordo com o que está previsto nas normas internacionais vigentes, e igualmente, no território brasileiro, é obrigação do Estado, garantir as condições necessárias para que os entes sociais desenvolvam a capacidade de regular suas próprias relações tornando-as democráticas e caminhando para a concretude sugerida: o respeito aos direitos humanos trazidos à baila na Carta Magna.

Importante destacar que os sindicatos dos trabalhadores são um dos relevantes atores da Negociação Coletiva de trabalho, vez que tem como finalidade precípua, através de seus instrumentos normativos negociar cláusulas que procuram minimizar as diferenças e segregações. Assim, em âmbito sindical, “procura-se preservar os interesses do operariado, vinculado aos sindicatos, contra segmentos que compreendem o trabalho precário, terceirizado etc.”(ANTUNES, 2006, p.71).No mesmo sentido caminha o sistema de direitos humanos, vez que busca garantir atenção especial aos menos favorecidos, aos excluídos da sociedade.

O destaques a Negociação Coletiva é tanta que em 1981 a Conferencia Geral da Organização Internacional do Trabalho (CGOIT), aprovou a Convenção nº 154, consagrando os principais preceitos a seu respeito,

[...] a convenção nº 154 da OIT propõe a existência de negociação em todos os ramos da atividade econômica, até mesmo no setor público. Define a negociação como um procedimento destinado à elaboração de contratos coletivos de

trabalho. A recomendação nº 163 esclarece que o direito de negociação deve ser amplo, livre e independente, devendo as soluções dos conflitos ser encontradas pelas próprias partes. (TEIXEIRA, 2007, p. 45).

Inicialmente, tal convenção previu que a negociação coletiva deveria se aplicar a todos os ramos da atividade econômica, sendo ampla e aplicável a todas as regiões e formas de organização, em qualquer nível sindical, profissional ou empresarial. Sendo assim, as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho são nada mais nada menos do que o resultado de uma negociação coletiva bem-sucedida.

Nessa abordagem a respeito da Negociação Coletiva, afirma a supracitada autora a indispensável presença do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva de trabalho ao perfilhar que “são dois os instrumentos jurídicos vigentes no Brasil, resultando da Negociação Coletiva [...] cuja legitimação para negociar é dos sindicatos, das categorias profissionais e econômicas” (2007, 75). Cabe dizer que ambos são instrumentos jurídicos, fonte verdadeira do direito do trabalho e frutos de relações de trabalho democráticas que promovem a paz social, bem como vida e condições de trabalho dignas para os cidadãos trabalhadores.

3- PRINCÍPIOS INERENTES AOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Sobre tal objeto em análise, pertinente é o estudo dos princípios da legalidade e da eficiência para a concretude dos direitos humanos e manutenção da relação democrática de trabalho nos tempos atuais “[...] posto que sem um único princípio nenhuma ordem pode ser estabelecida” (ARENDDT, 2007, p. 25-26).

Sobre o princípio da Legalidade cabe dizer que se apresenta como um freio diante dos abusos e autoritarismo dos governantes, contribuindo para que os direitos tutelados aos cidadãos sejam resguardados, pois no entendimento de Teixeira, 2007 que o princípio constitucional da legalidade é princípio efetivo, específico e formador do Estado Democrático de Direito.

O princípio da eficiência, por sua vez, introduzido a partir de 1998, somente será atingido se o seu foco for o ser humano, em especial os menos favorecidos, esse princípio no entender de Teixeira, “corresponde ao dever da boa administração”.

Diante disso, importa dizer que legalidade e eficiência só atingirão realmente sua finalidade precípua quando o Estado e os empregadores implementarem programas para propiciar melhores condições de trabalho e de empregabilidade, devendo o Estado evitar

maior sofrimento, por exemplo, em decorrência das mudanças tecnológicas e da globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se, que nas sociedades modernas, a proteção aos direitos humanos tem evoluído para a concretude almejada. Porém, muitas mudanças precisam acontecer para que nossa sociedade possa ser mais justa e igualitária.

Sabe-se que ao longo da história, em todo o mundo, a principal força de trabalho, é a mão-de-obra humana, força esta que em todos os países contribuíram com as principais formas de produção e também com o crescimento econômico. Não se quer com isso, negar a importância desse crescimento, mas sim valorizar e reconhecer que a classe operária é a principal merecedora de usufruir as riquezas decorrentes do seu trabalho, buscando dessa forma qualidade de vida.

Para tanto, faz-se necessário, que o sindicato através das Negociações Coletivas de trabalho tenha como objetivo principal convocar a aplicação dos princípios da proteção, legalidade e eficácia para assegurar ao indivíduo, não só a garantia dos seus mínimos direitos trabalhistas, mas também, a concretização de sua própria dignidade, construída através da atividade que desenvolve, amparando-o ou minimizando os efeitos das desigualdades.

Convém destacar que a intervenção do Estado, como elemento protetor da parte considerada hipossuficiente nas relações de trabalho, foi determinada pela exigência social, mas também, pela necessidade de sobrevivência do próprio ente regrador, portanto, incentivar o sujeito a qualquer forma de trabalho é condição indispensável à sobrevivência do próprio sistema.

Por fim, conclui-se, no sentido de destacar a importância de o trabalhador conhecer seus direitos e deveres em qualquer relação trabalhista para que possa atuar igualitariamente com o empregador, de modo que seja respeitado e não lesionado, na hipótese de haver maior conhecimento das garantias protetivas.

REFERENCIAS:

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** – 11^a ed. – São Paulo: Cortez, Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006.

ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer-10 ed- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DE MASSI, Domenico. **O ócio criativo**.Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

LAFARGUE, Paul. **O Direito à Preguiça**. Tradução Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Hucitec, 1999.

SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Márcia Cunha. **A Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público**.Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.

ÉTICA NA ADVOCACIA PARA COM O DEVER DE URBANIDADE.

DONIZETE ALVES DOS SANTOS:
Acadêmico do curso de Direito pela
Universidade Brasil. Campus de
Fernandópolis-SP.

RESUMO: Este artigo científico tem como objeto imediato a análise da ética profissional no exercício da advocacia. E como objeto mediato sendo o objetivo geral deste estudo, descrever o dever de urbanidade intrínseco a mesma, ao final, demonstrar que a práxis da urbanidade pelos advogados, figura como instrumento de estímulo em enaltecer a classe representada, prevenindo prejuízos na celeridade dos processos judiciais e funcionando como mecanismo ético de pacificação social nas conciliações. Como objetivos específicos trata-se em compreender o conceito de ética na perspectiva ontológica aristotélica e deontológica jurídica, discutir a relevância da conduta ética na advocacia, dividindo em ética do advogado na vida pessoal e na profissional e seus reflexos sobre os princípios básicos do dever de urbanidade e por último conscientizar-se sobre o dever de urbanidade no exercício profissional da advocacia. Para tanto, a análise da pesquisa tem como metodologia empregada sua caracterização através do estudo da literatura empregada em artigos científicos por outros autores, livros de autores renomados de revistas jurídicas e de textos normativos pertinentes, com destaque para a Constituição Federal de 1988, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código de Ética e Disciplina.

Palavras-chave: Advocacia. Dever. Ética profissional. Urbanidade.

ABSTRACT: This scientific article has the immediate object of analysis professional ethics in the practice of advocacy. The how mediate object being the general objective of this study, to describe the duty of intrinsic urbanity the same, in the end, to demonstrate that the praxis of urbanity by lawyers, is a stimulating tool in extolling the represented class, preventing losses in the speed of judicial processes and functioning as an ethical mechanism of social pacification in reconciliations. How specific objectives of this is to understand the concept of ethics in the Aristotelian ontological perspective and legal ethical, discuss the importance of ethical conduct in advocacy, splitting into lawyer's ethics in personal life and professional, reflect on the basic principles of the duty of civility and finally become aware of the duty of urbanity in the professional practice of advocacy. Therefore, the analysis of the research has the methodology used to characterize by a literature review of scientific articles from other authors, books of renowned authors, legal journals and relevant legal texts, especially the Federal Constitution of 1988, Statute Law and the Order of Attorneys of Brazil and the Code of Ethics and Discipline.

Keywords: Advocacy. Duty. Professional ethics. Urbanity.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito de ética: 2.1. Ética na perspectiva ontológica aristotélica; 2.2. Ética na perspectiva deontológica jurídica. 3. Ética na advocacia: 3.1. Ética do Advogado na vida pessoal; 3.2. Ética do Advogado na vida profissional. 4. Princípios básicos da Urbanidade. 5. O dever de Urbanidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No mundo em que vivemos, nunca houve tanto na história da humanidade, que evidenciasse a tamanha busca por princípios norteadores de condutas entre os indivíduos, em que a humanidade fosse conduzida pelos seus atos cotidianos baseados em princípios éticos e morais. A prática desses princípios deve partir como exemplo muito observável dos profissionais, pois se tem mais formação e capacidade intelectual, pois tendo o dever pautado nos códigos de ética e nos princípios da moralidade particular, ainda mais quando se comunica em operações da ciência jurídica e sociais nas práxis da justiça.

No entanto, o objetivo geral deste estudo, a análise da ética profissional no exercício da advocacia, descrevendo o dever de urbanidade intrínseco a mesma. Os objetivos específicos tratam de compreender o conceito de ética na perspectiva ontológica aristotélica e deontológica na visão jurídica pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código de Ética e Disciplina da OAB, discutir a relevância da conduta ética na advocacia, dividindo em ética do advogado na vida pessoal e na profissional, refletir sobre os princípios básicos do dever de urbanidade com fundamentação nos artigos 27 a 29 do Código de Ética e Disciplina da OAB e por último conscientizar-se sobre o dever de urbanidade no exercício profissional da advocacia.

Portanto, a problematização do trabalho, destaca que uns dos maiores problemas entre os profissionais de advocacia é a falta de ética, principalmente, do dever de urbanidade, conduta que prejudica a moralidade da classe representada (OAB) e deixa de contribuir para a celeridade do Poder Judiciário, o que ocasiona a falta de estímulo para a prática de conciliação entre as partes.

Sendo assim, a justificativa do trabalho, por estar diante de uma constatação de práticas abusivas de advogados que agem ilicitamente com seus patronos que por não

conhecerem seus direitos, não denunciem tais práticas a OAB; situações que culminam no detrimento da imagem da advocacia e da própria instituição OAB.

A metodologia aqui empregada caracteriza-se por uma revisão de literatura em artigos científicos de outros autores, livros de autores conceituados, revistas jurídicas e textos normativos pertinentes, com destaque para a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. CONCEITO DE ÉTICA

Primeiramente, levemos em conta o conceito filosófico das doutrinas éticas, através de grandes pensadores na história de acordo com Sánchez Vázquez:

As doutrinas éticas fundamentais nascem e se desenvolvem em diferentes épocas e sociedades com respostas aos problemas básicos apresentados entre os indivíduos no âmbito de suas relações, e particularmente pela sua moral comportamental. Quando há mudança radical na vida social, muda também a vida moral – e os princípios onde os valores ou as normas acabam sendo substituídos por outros para atingir o fim esperado que é a boa convivência no meio social (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2006, p.267).

Por isso, no pensamento doutrinário a ética deve ser considerada em um processo histórico de transformação.

A ética pode contribuir para fundamentar ou justificar certa forma de comportamento moral. Assim por exemplo nas palavras de Sánchez Vázquez:

Se a ética revela uma relação entre o comportamento moral e as necessidades e os interesses sociais, ela nos ajudará a situar no devido lugar a moral efetiva, real, de um grupo social que tem a pretensão de que seus princípios e suas normas tenham validade universal, sem levar em conta necessidades e interesses concretos (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2006, p.20).

Como as demais ciências, “a ética observa os fatos. Sendo estes humanos implicam, por sua vez, em fatos de valores. [...] A ética estuda uma forma de

comportamento humano que os homens julgam como valioso” (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2006, p.22).

A ética é a “teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade” (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2006, p.23). Ou seja, é a ciência de uma forma específica de comportamento humano.

2.1 ÉTICA NA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA ARISTOTÉLICA

A ética em sua perspectiva ontológica aristotélica, traz por finalidade em “descobrir o **bem absoluto**, a meta definitiva, que é ponto de convergência e chegada e não pode ser ponto de partida de mais nada” (NALINI, 2001, p.52).

O chamado bem absoluto é “a **felicidade**, para Aristóteles ela está no exercício, firme e constante, da **virtude**” (NALINI, 2001, p.53). A virtude é a atualização do que lhe é próprio. O homem virtuoso é aquele que mergulha no desenvolvimento integral de suas faculdades.

“Aristóteles distingue a virtude dos instintos e emoções. Estes, involuntários; aquela, volitiva. Nem se confunda virtude com faculdades ou aptidões” (NALINI, 2001, p.53). A virtude se obtém mediante o exercício: é o hábito. As aptidões, intelectuais ou físicas, são inatas.

Portanto, nas palavras de José Renato Nalini sobre a teoria do justo meio de Aristóteles:

A teoria do justo meio é uma das formulações mais interessantes de Aristóteles. A virtude é o justo meio entre dois vícios extremos. A temperança é o meio-termo entre o desenfreamento e o embotamento. O valor, entre a temeridade e a covardia. A liberdade, entre a prodigalidade e a avareza (NALINI, 2001, p.53).

A partir disso, entende-se que a virtude não está sempre em situação rigorosamente equidistante dos extremos viciosos.

Segundo José Renato Nalini, para conhecer a ética aristotélica há necessidade de estudar três livros: “a Ética a Nicômaco, a Ética eudemia e a Moral magna. As duas primeiras são atribuídas a Aristóteles, enquanto a terceira seria resumo das outras, feito por um discípulo da Escola Peripatética” (NALINI, 2001, p.53).

2.2 ÉTICA NA PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA JURÍDICA

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao criar o Código de Ética e Disciplina, traz o conceito das regras fundamentais de Deontologia que norteia em princípios a consciência de como profissional advogado deverá demonstrar em sua conduta, imperativos de extrema importância como: lutar pela justiça sem medo, defender com ousadia o cumprimento da Constituição Federal e o respeito pela lei, zelando e interpretando com retidão e sintonia para a finalidade a função social.

A deontologia jurídica ou forense no entendimento de José Renato Nalini:

Deontologia é a teoria dos deveres. Deontologia profissional se chama o complexo de princípios e regras que disciplinam particulares comportamentos do integrante de uma determinada profissão. **Deontologia Forense** designa o conjunto das normas éticas e comportamentais a serem observadas pelo profissional jurídico (NALINI, 2001, p.185).

Em suma, temos na concepção filosófica o conceito de ética que trata dos valores dos próprios indivíduos e a moral aquilo em que a sociedade espera dos mesmos (práxis morais).

Agora, a deontologia são deveres valorativas que tem por base um “princípio fundamental: o **agir segundo ciência e consciência**” (NALINI, 2001, p.186) impostas pelo próprio Código de Ética da Advocacia buscando assim o cumprimento pelos profissionais, alguns deles não possuem força coercitiva, outros poderão constituir infrações ou sanções disciplinares aplicadas pelo descumprimento.

Portanto, quando se fala em ética profissional no ramo jurídico, observa-se a Deontologia jurídica ou forense (dever jurídico) com destaque os advogados.

3. ÉTICA NA ADVOCACIA

Tratando-se de ética na advocacia essa demonstrado com clareza na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que versa sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, reafirmando em seu texto normativo no artigo 2º parágrafos 1º, 2º e 3º, que o advogado deve dar o cumprimento na prestação de serviço público e particular em que dentro do processo judicial o advogado constituído contribui, na postulação favorável ao seu cliente sendo assim o exercício da função social.

Pois o serviço público prestado e dando cumprimento a função social no seu serviço privado e no processo judicial, contribui na postulação de decisão favorável ao

seu constituinte (cliente), ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

A advocacia é regulada no Brasil pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), pelo Regulamento Geral do Estatuto e pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como princípios fundamentais deontológicos, conforme disposto no artigo 33, parágrafo único em que o advogado tem por obrigação o cumprimento rigoroso dos deveres positivados no Código de ética e disciplina da OAB em que adverte para com a “comunidade, o cliente, o outro profissional, e ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares” (BRASIL, 2015).

Na Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo artigo 133. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988). Com base na Constituição o advogado tem o dever de promover justiça, tendo seus atos protegido e que manifestação profissional, seja estabelecida nos limites da lei para dar cumprimento à função social.

Conforme os dispositivos da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que versa sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e a Constituição Federal, parafrazeando, Cardella e Cremasco (2005) o advogado é indispensável para à administração da justiça, sendo este, além de seu exercício particular, exerce uma função pública e social, pois tem o dever de defender o Estado Democrático de Direito Brasileiro, dando o cumprimento da cidadania, da moralidade, da justiça e da paz social, isso significa ser ético no exercício da advocacia.

3.1. ÉTICA DO ADVOGADO NA VIDA PESSOAL

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil enumera de forma expressa regras fundamentais de ordem deontológicas que observa na vida pessoal do advogado em seus artigos 31, 32 e parágrafo único do artigo 33.

Segundo Cardella e Cremasco (2005) dentro de diversos dispositivos, com detalhes no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, todas elas firmadas nas regras e princípios da moralidade individual, social e profissional, cujo descumprimento autoriza a aplicações de sanções disciplinares mostrando assim a ética do advogado na vida pessoal.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, de forma mais eficaz, traz em seu Título I (da ética do advogado), Capítulo I, regras deontológicas que fala Dos Princípios fundamentais (artigos 1º ao 7º) demonstrado seus deveres pessoais e profissionais de forma conjunta para dar cumprimento bem eficaz no serviço social. Nisso é demonstrado que a ética do advogado na vida pessoal no artigo 1º “O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os princípios da moral individual, social e profissional” (BRASIL, 2015).

Dentre muitos deveres pertinentes às funções sociais da advocacia elencados (rol não é taxativa) no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, “alguns deles não possuem força coercitiva, outros poderão constituir infrações ou sanções disciplinares, tipificados nos artigos 34 a 46, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil” (CARDELLA; CREMASCO 2005, p.155-156).

Portanto, a conduta do advogado, tanto profissional quanto pessoal, deve ser norteada pela ética, ficando sujeito, ao Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em qualquer das situações, serem apuradas condutas antiéticas. Para José Roberto Nalini “a advocacia é das profissões que primeiro se preocupam com sua ética, a parte da moral disciplinadora da moralidade dos atos humanos” (NALINI, 2001, p. 239). Partindo nesta percepção no entendimento de Rui de Azevedo Sodré, confirma que a conduta ética do advogado é “a ética profissional do advogado consiste, portanto, na persistente aspiração de amoldar sua conduta, sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão e seus fins, em todas as esferas de suas atividades” (SODRÉ, 1967, apud NALINI, 2001, p. 239).

3.2. ÉTICA DO ADVOGADO NA VIDA PROFISSIONAL

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que o advogado, no exercício de sua vida profissional: deve manter independência em qualquer circunstância (parágrafo 1º, do artigo 31); e “não ter receios de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade na tomada de alguma decisão” (BRASIL, 1994), pois o advogado deve impugnar sem medo mas com respeito, sendo a finalidade de demonstrar justiça para as partes em lides, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão (parágrafo 2º, do artigo 31).

A Revista do Advogado tratando sobre a linha mestra dos advogados aponta os limites da ética nas palavras de Marcos da Costa:

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto reconhecem na OAB o papel de promover, com exclusividade, a representação e a defesa dos advogados, como o de selecionar os profissionais que faram parte da classe, bem como zelar pela disciplina de seu trabalho. Para que consiga se habilitar, o profissional deve firmar compromisso frente ao Conselho Secional da OAB e cumprir com os quesitos do Código de Ética e Disciplina da entidade (COSTA, 2014, p. 51).

Na disposição do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, nos artigos 1º e 2º parágrafo único e incisos de I ao VII; o advogado no exercício profissional deve observar os seguintes deveres:

Artigo 2º, Parágrafo único. São deveres do advogado:

I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia;

II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III - velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV - empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica; (BRASIL, 2015).

Em suma, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outras finalidades, estabelece regras deontológicas, como se extrai do já citado parágrafo único, do artigo 33, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que regula todo advogado em seu exercício profissional, para não figurar como mero profissional liberal, demonstrando-se deveres para com a sociedade, a função social, “as

relações com seus cliente e com outros advogados, e ainda o cuidado com publicação, deve recusar patrocínio, tem o dever de promover assistência jurídica e o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares” (BRASIL, 1994).

Esses princípios fundamentais, bem como os demais princípios e deveres positivadas no Código de Ética e Disciplina na Ordem dos Advogados do Brasil e leis Supralegais e infralegais, o advogado deve aplicar no seu dia a dia, no escritório, na rua, no fórum e em todos os ambientes públicos em que sua conduta possa enaltecer a classe que representa.

4. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA URBANIDADE

Na demonstração da importância da ética na advocacia que se trata de deveres impostas pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil de e observância de que a conduta ética do advogado se mescla tanto pessoal e profissional, pois o objeto analisado deste estudo apontado os princípios básicos do dever de urbanidade é perceptível essa fusão do mesmo.

A urbanidade que significa: civilidade e cortesia, é um conceito ético que deve fazer parte da vida de todos os cidadãos. Em especial, a do advogado, e que tem o dever de “tratar o público, os colegas, as autoridades e seus funcionários com respeito, discrição e independência, exigindo para si igual tratamento, bem como zelar pelas prerrogativas a que tem direito” (BRASIL, 2015) conforme o artigo 27, caput do Código de Ética e Disciplina da OAB. Com o mesmo efeito, é demonstrado que “subsiste o princípio da independência com relação às autoridades, não havendo hierarquia nem subordinação, devendo-se, uns aos outros, consideração e respeito” (CARDELLA; CREMASCO, 2005, p.187).

Em se tratando do termo de Urbanidade, demonstra-se uma definição segundo o Mini Aurélio Dicionário da Língua Portuguesa, a urbanidade: é a “qualidade de urbano, cortesia, afabilidade” (FERREIRA 2008, p.802). Isso significa que o dever de urbanidade é uma forma demonstrativa que a convivência na sociedade cumpre a função social.

Nessa perspectiva em nossa realidade atual e complexa, não é fácil estabelecer equilíbrio de qualidade urbano com o aumento assustador de violência entre os indivíduos, mas os vocabulários são muitos em que as condutas dos indivíduos inseridos no conceito de urbanidade: civilidade (conjunto de formalidades observadas entre si pelos cidadãos), cortesia: sensibilidade, amabilidade; afabilidade; simplicidade no trato,

delicadeza, benignidade: ser agradável; Benevolência (desejo amigável para com alguém), bondade e afeto.

Para a sociedade representada no conhecimento comum de todos entende-se que conduta de urbanidade é o modo agradável de conviver bem entre os indivíduos. “O dever de urbanidade, na interpretação do senso comum do povo, estaria representado por apenas aqueles gestos de gentileza, educação e saudação” (FARAH, 2000, p.186)

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, dedica um capítulo especial ao dever de urbanidade do advogado, no Capítulo IV Das relações com os colegas, Agentes Políticos, Autoridades, Servidores Públicos e Terceiros, artigos 27 a 29, onde deve tratar todos com respeito e consideração, preservar seus direitos e prerrogativas, exigir igual tratamento de todos com quem se relacione. É considerável imperativos como uma correta atuação profissional, na linguagem escorreita e polida e possuindo uma boa técnica jurídica.

Os artigos 27 a 29 do Capítulo IV do Código de Ética e Disciplina da OAB de 2015, demonstra que não importa o tipo de relações, seja com o público, clientes, autoridades, funcionários do Poder Judiciário e com os colegas advogados, o advogado é obrigado por Lei tratar todos com urbanidade e respeito, tendo descrição e independência, exigindo igual tratamento dos mesmos e ter zelo pelas prerrogativas a que tem direito.

Com relação aos juízes, promotores ou autoridades, o advogado tem o dever de abster-se de certos entendimentos tendenciosos a respeito da causa, buscando favores dos mesmos para se beneficiar e influenciar nas decisões devido sua amizade, sejam elas quais forem, conforme o dispositivo do Código de Ética e Disciplina da OAB alínea “a”, inciso VIII, parágrafo único do artigo 2º: “utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente” (BRASIL, 2015). No mesmo entendimento, confirma em que “se for amigo ou parente do juiz, o advogado deve reservar a intimidade para os ambientes privados, nunca públicos, pois nestes o tratamento deverá sempre ser cerimonioso e formal” (CARDELLA; CREMASCO 2005, p.187-188).

No entanto, na mesma relação entre os profissionais da administração da justiça, deve ter espírito de equipe na cooperação e fraternidade. Os advogados não podem deixar que sentimentos tolos eventualmente (onde sempre acontece) existam nas condutas de seus clientes, enquanto estiverem no exercício profissional, sendo operadores do direito, nesse sentido, está fundamentado na inteligência do artigo 133 da Constituição Federal de 1988 combinado com o artigo 7º, parágrafo 2º, do Estatuto da

Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Partindo desta observação, tem o seguinte sentido:

É certo que a imunidade profissional assegurada ao advogado no debate da causa seja pelo que estabelece a Constituição Federal (art. 133), seja pelo que preceitua o Código Penal (art. 142, inciso I), seja pelo que dispõe o Estatuto da OAB (Lei 8906/94, art. 7º, § 2º), não se mostra absoluta ou irrestrita, uma vez que deve responder pelos abusos, nos limites da lei". Não poderia ser de outra maneira, pois "seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores (SOARES, 2009).

Especialmente, quanto se trata de relacionamentos entre colegas advogados, as regras da deontologia jurídica têm um alcance amplo e abrangente nas carreiras forenses. Trata-se, da exteriorização do fato fraterno que rege a integração dos mesmos profissionais. Infelizmente, devido a competição entre os advogados como é comum isso acontecer, os seus clientes não têm prioridade na tentativa de solucionar seus conflitos (conciliação). "Os advogados não devem competir entre si, menos ainda se referir desairosamente à atuação do colega" (NALINI, 2001, p.194).

A grandeza exuberante dos profissionais da advocacia, são aferidas pela conduta demonstrada na relação entre os colegas advogados. Pois a maior segurança de um advogado esta pautada na postura ética, prestativa e leal, na hora de relacionar-se com os colegas da mesma profissão, isso aumenta a qualidade de reputação prestigiada. "É próprio dos incapazes a insegurança que se traduz em agressões gratuitas, ainda que sob a simulação de tenacidade natural ao encargo advocatício" (NALINI, 2001, p.194).

5. O DEVER DE URBANIDADE

O dever de urbanidade do advogado quando for violado devido seu mau tratamento em particular. Pois, o dever de urbanidade é demonstrado para com os colegas, fundamentado de forma positiva pela ética.

Porém, os advogados não devem confundir cortesia profissional com conduta maliciosa contra os clientes. No entanto, também, não pode usar de agressividade, combatividade e falta de polidez, mas tudo deve ser resolvido com dever de urbanidade, buscando sempre a melhor solução para seus clientes.

É importante demonstrar os reflexos da subjetividade do Código de Processo Civil fundamentado no artigo 334 [...] “o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação” [...] (BRASIL, 2015), onde as partes tem a oportunidade de resolver seus conflitos fazendo acordo. Nesse sentido, demonstrado nas palavras da Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC/RS, Gisele Mazzoni Welsch:

Um dos princípios norteadores da aplicação do novo processo civil corresponde justamente ao dever de incentivo para as práticas de conciliação e mediação por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Isso significa que todos os sujeitos do processo devem estar atentos e empenhados em buscar meios e viabilizar condições para a solução consensual de conflitos, visando à pacificação do conflito, bem como ao descongestionamento do Poder Judiciário de demandas judiciais, justamente visando à efetividade e celeridade do processo (WELSCH, 2016).

No entanto, em outros casos a solução passa longe da justiça convencional, podendo “haver entendimento direto entre as partes e nesse sentido o advogado deverá encaminhar a questão posta” (FARAH, 2000, p.221). Estimular a conciliação entre os litigantes é dever ético do advogado. Sendo valiosos instrumentos em pacificação social, “tanto na mediação quanto na conciliação não há ganhadores ou perdedores: os próprios litigantes constroem a solução do conflito que seja capaz de agradar e ser a mais benéfica possível para ambos” (DIAS; FARIA, 2016, p. 30).

Tudo isso faz parte de um conjunto maior de fatos, atos e valores que constituem aquilo que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil define textualmente como “*dever de urbanidade*” (BRASIL, 2015).

Sendo a principal ferramenta de trabalho profissional dos advogados, a linguagem jurídica também precisa ter adequação e fundamentada nos princípios básicos de dever de urbanidade.

Os Tribunais de Ética e Disciplina reafirma que o mau uso da linguagem pelo profissional causídico, demonstra desrespeito ao dever de urbanidade, conforme o artigo 28 do Código de Ética e Disciplina da OAB “Consideram-se imperativos de uma correta atuação profissional o emprego de linguagem escoreita e polida, bem como a observância da boa técnica jurídica” (BRASIL, 2015).

Como observado, a falta de urbanidade tem característica de má-forma de diálogo, podendo ser representada numa fala inoportuna, com equívoco, fora de contexto, fora de polidez ou fora de norma, sendo simbolizada a forma inadequada de requerer, nos erros de linguagem jurídica, verbos desconexos, erros gramaticais ou até mesmo desejos (resultados esperados) não condizentes com o dever ético.

O advogado deve expor sua escrita de acordo com sua vontade (razão consistente) em cumprir o dever de urbanidade que por fim tenha sua conduta libada pela ética.

6. CONCLUSÃO

No decorrer das pesquisas realizadas sobre o conceito de ética, verificou-se que a concepção ontológica diferencia da deontológica. Que a concepção ontológica aristotélica demonstra o conceito de ética que trata dos valores dos próprios indivíduos e a moral aquilo em que a sociedade espera dos mesmos (práxis morais) e a deontológica jurídica (dever jurídico) são deveres valorativas que são impostas pelo próprio Código de Ética da Advocacia buscando assim o cumprimento pelos profissionais. Como ficou esclarecido que grandeza dos profissionais da advocacia, são aferidas pela conduta demonstrada na relação entre os colegas advogados. Pois a maior segurança de um advogado esta pautada na postura ética, prestativa e leal, na hora de relacionar-se com os colegas da mesma profissão, isso aumenta a qualidade de reputação prestigiada.

Portanto, há uma preocupação incessantes pelos tribunais de ética em manter a preservação e buscando sempre a estimulação dos profissionais da advocacia de praticar o dever de urbanidade.

No entanto, ocorreu em conformidade entre o princípio do dever digno da vida pessoal e profissional de forma deontológica ao advogado que enaltece como princípio do dever de urbanidade.

Para tanto, foi observado a importância do dever de urbanidade nas tentativas de conciliação, pois demonstraram uma virtude de evitar demandas conflituosas que se

torne um tormento entre os litigantes, além de onerosos, sendo assim, os advogados não devem confundir cortesia profissional com conduta maliciosa contra os clientes.

No entanto, também, não podendo usar de agressividade, mas tudo deve ser resolvido com dever de urbanidade, buscando sempre a melhor solução para seus clientes.

O trabalho não tem a pretensão de concluir ou esgotar todo o assunto, pois é de conhecimento inesgotável e muito pertinente a discussão, tendo a possibilidade de estender profundas pesquisas, por isso este trabalho limita-se em expor todo o assunto, porque está além do que pretende discutir sobre a ética na advocacia para com o dever de urbanidade.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de ética e disciplina da OAB de 2015. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2017.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. Disponível em: . Acesso em 21 mar. 2017.

CARDELLA, Haroldo; CREMASCO, José Antônio. Manual de ética profissional do advogado. Campinas/SP: Millenium, 2005.

COSTA, Marcos da. Linha mestra dos advogados. Revista do Advogado – São Paulo, Ano XXXIV, nº 124, p. 48-51, outubro de 2014.

DIAS, Luciana Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015 - REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS, UFRN. vol. 9, n. 1, 2016. <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/index>>

FARAH, Elias (coord.). Ética do advogado: I e II Seminários de ética profissional da OAB/SP. São Paulo: LTR, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa Brasileira. 7ª ed. – Curitiba-SP: Editora Positivo, 2009.

NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. - 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. Ética. 28ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SOARES, Felício de Lima. Os limites da imunidade profissional por manifestações na advocacia. Artigo Científico, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12442/os-limites-da-imunidade-profissional-por-manifestações-na-advocacia>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. O advogado, seu estatuto e a ética profissional. 2 ed. – São Paulo: RT, 1967, apud NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. - 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WELSCH, Gisele Mazzoni. Audiência de Mediação e Conciliação. Artigo Científico, 2016. Disponível em: . Acesso em: 21 mar. 2017.

ÁGUA: UM BEM QUE GARANTE A VIDA, SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

BRENDA MORETTI GILIOTTI:
Acadêmica do curso de Direito da
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis - SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA (Orientador)

RESUMO: O direito à vida é uma garantia inviolável prevista na Constituição Federal de 1988. Arelado a isso está o direito à água, pois sem ela não há como garantir a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana. Algumas ações já foram realizadas com a finalidade de proteger esse bem. Em nível internacional destaca-se a Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, que declarou o dever de preservar a água em benefício das gerações presentes e futuras e a imputabilidade de sanções penais e administrativas para quem lesar o meio ambiente. Em nível nacional destaca-se a elaboração do Código das Águas, a Constituição Federal de 1988 e Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei Nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997, tendo como conteúdo uma regularização para a utilização de tais recursos, onde o seu objetivo maior é garantir que todos tenham uma utilização sustentável da água, assegurando também os direitos e deveres sobre a sua utilização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO À ÁGUA COMO GARANTIA À VIDA, A DIGNIDADE E À SAÚDE NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1.1 A ÁGUA COMO GARANTIA À VIDA. 1.2 A ÁGUA COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.3 A ÁGUA NECESSÁRIA À SAÚDE. 1.4 AÇÕES DA ONU. 2. CÓDIGO DAS ÁGUAS. 2.1 ACESSO À ÁGUA. 2.2 COMPETÊNCIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. 2.3 PENALIDADES. 3. OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A ÁGUA. 3.1 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL. 3.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO A ÁGUA 3.3 RESPONSABILIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Palavras Chaves: água; dignidade da pessoa humana; direito; garantia de vida;

ABSTRACT: The duty to life is inviolable security is predicted in the Federal Constitution of 1988. Connected to this is the right to water, for without it there is no way to guarantee the life, health and dignity of the human person. Some actions have already been undertaken in order to protect that right. Internationally we highlight the UN Conference held in Stockholm, Sweden, in 1972, declared that the duty to preserve water for the benefit of present and future generations and the

accountability of criminal and administrative penalties for those who damage the environment. At the national level we highlight the development of the Water Code, the Federal Constitution of 1988 and the National Water Resources Policy, Law nº. 9433 of January 8, 1997, having as content regularization for the use of such resources where your ultimate goal is to ensure that everyone has a sustainable use of water, also ensuring the right to its use and the rights and duties on this.

Keywords: water; dignity of human person; right; life guarantee;

INTRODUÇÃO

Partindo dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, de vida, dignidade e saúde, o presente artigo irá mostrar que, sendo a água necessária para garantir esses direitos, o Estado tem o dever de assegurar seu acesso a todos os habitantes do país.

O presente trabalho busca examinar os artigos previstos na Constituição Federal de 1998, os quais se referem à vida, dignidade, saúde e as ações da ONU (Organização das Nações Unidas) para garantir o acesso à água e ao saneamento básico. Observando as funções da União, dos Estados e Municípios, e a responsabilidade da população com relação à água e sua escassez, descrito no Código das Águas de 1934. Por fim, retomando algumas ações da ONU, o artigo tratará dos desdobramentos das garantias constitucionais de Direito a água e a Lei dos Crimes Ambientais de 12/02/1998 bem como as responsabilidades e penalidades decorrentes da má utilização da água.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente artigo se deu por meio de pesquisas em livros, sites, códigos e seus referidos artigos. Sendo revistos alguns conceitos de Paulo Afonso Leme Machado (2002), Paulo César Carbonari (2014) e Norma Sueli Padilha (2010).

1 O DIREITO À ÁGUA COMO GARANTIA À VIDA, A DIGNIDADE E À SAÚDE NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 A ÁGUA COMO GARANTIA À VIDA

O caput do artigo 5º da Constituição Federal [1] do Brasil de 1988 (CF/88) afirma que o direito à vida é uma garantia inviolável de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Se, para manter a vida é necessária a água, sem esta a vida se torna impossível.

Segundo Machado (2002, p. 13): “negar água ao ser humano é negar-lhe o direito à vida; ou em outras palavras, é condená-lo à morte”.

A água é um componente essencial para a vida. Constituindo mais de 60% do organismo humano, é utilizada direta ou indiretamente em todas as funções necessárias à vida. Serve como solvente para minerais, vitaminas, aminoácidos, glicose e demais moléculas. Atua nos processos fisiológicos de digestão, absorção, excreção e sistema circulatório. Possui também um papel na manutenção da temperatura corpórea, na absorção do impacto e de proteção e lubrificação dos tecidos na vida intrauterina. No entanto, como esse combustível da vida não pode ser produzido em sua totalidade pelo organismo, estima-se que cerca de 2 litros de água devem ser ingeridos pela dieta. (WHITNEY; HAMILTON; ROLFES [3], 1990 e GUYTON [4]; HALL, 2011).

Em 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou a [Declaração Universal dos Direitos da Água](#) [4], a fim de atingir a todos para que se esforcem a desenvolver o respeito aos direitos e obrigações, com medidas progressivas de ordem nacional e internacional. No seu 2º artigo, a declaração afirma a necessidade da água para a vida, sendo considerado um direito fundamental.

Art. 2º - A água é a seiva do nosso planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. O direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano: o direito à vida, tal qual é estipulado do Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem.

Segundo Flores [2] (2011), reconhecer a água como direito fundamental não é somente uma implicação teórica, mas uma reflexão e efeito prático, sendo que o primeiro passo, é estabelecer uma política efetiva de universalização de direito à água.

1.2 A ÁGUA COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas [5], em seu Comentário Geral nº 15, de 20/01/2003 afirma que “A água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde”.

Conforme Carbonari [6] (2014) o conteúdo do direito humano à água pode ser resumido:

“O direito humano à água é o direito de todos a dispor de água suficiente, potável, consumível, acessível e a preço razoável para o uso pessoal e doméstico. O abastecimento adequado de água potável é necessário para evitar a morte por desidratação, para reduzir o risco de enfermidades relacionadas à água e para satisfazer as necessidades de consumo, de cozinha e de higiene pessoal e doméstica” (§ 2). Mais adiante, ao esclarecer o conteúdo jurídico-normativo do direito humano à água diz: “O direito à água articula liberdades e direitos. As liberdades são o direito a manter o acesso a um suprimento de água necessário para que cada pessoa possa exercer o direito à água e o direito de as pessoas não serem objeto de ingerências, como cortes arbitrárias de abastecimento ou a contaminação dos recursos hídricos. Os direitos compreendem um sistema de abastecimento e gestão da água que ofereça iguais oportunidades para que a população possa desfrutar do direito à água. Os elementos do direito à água devem ser adequados à dignidade, à vida e à saúde humanas, conforme o § 1º do artigo 11 e o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, ONU, 1966; BRASIL, 1992). O sentido de adequado no que se refere à água não deve ser interpretado de forma

restritiva, tomando em conta somente quantidades volumétricas e tecnológicas. A água deve ser tratada fundamentalmente como um bem social e cultural e não como um bem econômico. O modo pelo qual o direito à água é exercido também deve ser sustentável, de tal forma que este direito possa ser exercido pelas gerações atuais e futuras” (§ 10 e 11).

1.3 A ÁGUA NECESSÁRIA À SAÚDE

O inciso III, do artigo 1º da CF/88 [1] estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil e dentro do capítulo dos Direitos Sociais, a CF/88 [1] no artigo 6º mostra claramente o direito à saúde.

Ao reconhecer a água como direito fundamental, atribui-se ao Estado o dever de garantir qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Quando a água se torna escassa, geram-se inúmeras consequências, afetando diretamente a saúde física e mental das pessoas.

A saúde dos seres humanos não é apenas uma contraposição diagnosticada no presente, mas é preciso levar em conta o estado dos elementos da Natureza, inclusive a água, “para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos”.

1.4 AÇÕES DA ONU

No ano de 2000, verificou-se que 2,4 bilhões de pessoas não tinham nenhum acesso ao saneamento básico, e aproximadamente um bilhão de pessoas não possuíam acesso a um abastecimento mínimo às suas necessidades básicas.

Para efetivar uma ação concreta em vista do direito à vida, a saúde e a dignidade, a ONU definiu o período entre 2005 e 2015 como a “Década Internacional para a Ação Água para a vida”, como forma de contribuir na preservação das águas mundiais e com a meta de reduzir pela metade a proporção da população mundial sem acesso sustentável à água potável e saneamento até 2015. Para tanto, deverá ser fornecida água para 1,6 bilhão de pessoas e

saneamento para 2,1 bilhões entre 2002 e 2015, principalmente entre as famílias pobres nos países mais pobres do mundo.

De acordo com a ONU (Organização Das Nações Unidas), a previsão é de que até 2030 a demanda por água no mundo aumente em 50%, diante disto a organização mobiliza governos, setores privados e sociedade civil contra o desperdício, por melhoria nos sistemas de coleta, tratamento de esgoto e pelo reaproveitamento máximo das águas residuais urbanas. Sendo assim, para a organização é preciso implementar políticas eficazes de saneamento e de reuso, onde a águas residuais podem ser reaproveitadas nas indústrias, em setores que não precisam de água potável para utilizá-la, como por exemplo em casos de sistemas de aquecimento e resfriamento.

2 CÓDIGO DAS ÁGUAS

2.1 ACESSO A ÁGUA

O acesso à água é condição de sobrevivência do homem, daí vem à necessidade de estabelecer regras para o uso e consumo deste recurso, tendo em vista a grande proliferação de atividades relacionadas com a exploração hídrica e a atual consideração científica de que a água é um recurso natural limitado.

O Código das Águas - Decreto nº 24.643, de 10.07.1934 [8], foi a primeira norma legal que disciplinou, em linhas gerais, o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica. Trata-se de um texto legal muito antigo, mas ainda vigente, embora muito alterado e revogado por leis posteriores.

Em outros termos, a água é tida pela própria legislação como um bem público de uso comum, isso nos termos do artigo 18 da Lei 9.433/97 [9], o que fundamenta a instituição de cobrança proporcional aos usos quantitativos e qualitativos dos recursos hídricos, como forma de incentivar uma utilização racional da água.

O sistema de abastecimento de água deve contar com responsável técnico, profissionalmente habilitado, além disso, toda água fornecida coletivamente deve ser submetida a processo de desinfecção, garantindo o atendimento ao padrão microbiológico.

Toda água para consumo humano, suprida por manancial superficial e distribuída por meio de canalização deve incluir tratamento por filtração.

Em todos os momentos e em toda sua extensão, a rede de distribuição de água deve ser operada com pressão superior à atmosférica.

2.2 COMPETÊNCIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS

O artigo 29 do código das águas [10] visa nos mostrar quando a água pertence a cada competência.

Art. 29. As águas públicas de uso comum, bem como o seu álveo, pertencem:

I – A União:

a) quando marítimas;

b) quando situadas no Território do Acre, ou em qualquer outro território que a União venha a adquirir, enquanto o mesmo não se constituir em Estado, ou for incorporado a algum Estado;

c) quando servem de limites da República com as nações vizinhas ou se estendam a território estrangeiro;

d) quando situadas na zona de 100 kilometros contigua aos limites da República com estas nações;

e) quando sirvam de limites entre dois ou mais Estados;

f) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Estados.

II – Aos Estados:

a) quando sirvam de limites a dois ou mais Municípios;

b) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Municípios.

III – Aos Municípios:

a) quando, exclusivamente, situados em seus territórios, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados.

§ 1º Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sobre quaisquer correntes, pela servidão que a União se confere, para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação;

§ 2º Fica, ainda, limitado o domínio dos Estados e Municípios pela competência que se confere a União para legislar, de acordo com os Estados, em socorro das zonas periodicamente assoladas pelas secas.

O artigo 31 diz que se os terrenos nas margens das correntes e lagos navegáveis, pertencem aos Estados se não possuir nenhum domínio federal, municipal ou particular.

Art. 31. Pertencem aos Estados os terrenos reservados as margens das correntes e lagos navegáveis, si, por algum título, não forem do domínio federal, municipal ou particular.

O artigo 32 do código das águas [8] diz que as águas publicas podem ser desapropriadas por necessidade ou por utilidade pública.

Art. 32. As águas públicas de uso comum ou patrimoniais, dos Estados ou dos Municípios, bem como as águas comuns e as particulares, e respectivos álveos e margens, podem ser desapropriadas por necessidade ou por utilidade pública:

a) todas elas pela União;

b) as dos Municípios e as particulares, pelos Estados;

c) as particulares, pelos Municípios.

2.3 PENALIDADES

Serão aplicadas as sanções administrativas cabíveis, aos responsáveis pela operação dos sistemas, que não observarem as determinações constantes.

As Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estarão sujeitas à suspensão de repasse de recursos do Ministério da Saúde e órgãos ligados, caso não cumpra sua função de fiscalizador.

Cabe ao Ministério da Saúde, e às autoridades de saúde pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, representadas pelas respectivas Secretarias de Saúde, observar o fiel cumprimento desta Norma.

Sempre que forem identificadas situações de risco à saúde, o responsável pela operação do sistema de abastecimento de água e as autoridades de saúde pública devem elaborar um plano de ação, incluindo comunicação à população, e imediatas ações para a correção da anormalidade.

Em função de características não conformes com o padrão de potabilidade da água ou de outros fatores de risco, a autoridade de saúde pública competente, com fundamento em relatório técnico, determinará ao responsável pela operação do sistema ou solução alternativa de abastecimento de água que amplie o número mínimo de amostras, aumente a frequência de amostragem ou realize análises laboratoriais de parâmetros adicionais.

3 OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A ÁGUA

3.1 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

Conforme já mencionado supra, o direito a água é como o direito à vida, pois o acesso à água potável é um direito fundamental da pessoa humana, onde não havendo esta não há vida. Porém, para que a água esteja presente na vida das gerações futuras, é necessário que este direito seja protegido.

As Constituições anteriores a 1988, não traziam nenhum destaque ao meio ambiente, nas quais não demonstravam preocupações jurídicas especiais ao modo de utilização e proteção aos recursos ambientais. Só em 1988, com a nova Constituição Brasileira, se deu a devida importância ao assunto meio ambiente,

intitulando em seus textos deveres e obrigações à União, aos Estados, Municípios e População.

Segundo o jurista argentino Alberto G. Spota [11]:

“O direito de águas é constituído por normas que, pertencentes ao direito público e ao privado, têm por objeto regular tudo o que concerne ao domínio das águas, seu uso e aproveitamento, assim como as defesas contra suas consequências danosas”.¹

Seguindo este raciocínio, no Brasil, em 1934 foi aprovada a primeira legislação que visava uma gestão para os recursos hídricos, denominado como Código de Águas. O referido código garante o uso das águas públicas de forma gratuita, mas este necessita de atualização para ser adaptada a Constituição Federal de 1988. Porém, a norma que rege sobre o direito a água atualmente é a Lei Nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997, na qual Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, tendo como conteúdo a referida lei uma regularização para a utilização de tais recursos, onde o seu objetivo maior é garantir que todos tenham uma utilização sustentável da água, assegurando também o direito de seu uso e os direitos e deveres sobre esta.

3.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO A ÁGUA

O *caput* do artigo 255 da Constituição Federal de 1988 [1] dispõe que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O referido artigo estabelece as obrigações do Poder Público para assegurar a preservação do meio ambiente, para que haja o uso adequado dos recursos naturais nas atividades humanas. Mas além de garanti-lo como um direito fundamental, o legislador estabelece um dever aos indivíduos de defendê-lo, pois a água, como um recurso essencial ao indivíduo, requer legislações específicas para que não venha à escassez.

3.3 RESPONSABILIDADE

A Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972 [11], declarou em seu princípio que:

“Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”.

Nesse sentido, o parágrafo 3, do artigo 225 [11], dispõe que:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Pode-se dizer que responsabilidade é uma obrigação de responder atos cometidos por si próprio ou por pessoas alheias. Portanto, este parágrafo da Constituição, trata das responsabilidades que cada indivíduo sofrerá caso seja cometido algum dano ao meio ambiente, sofrendo sanções tanto na parte administrativa, civil e criminal.

Segundo a autora Norma Sueli Padilha [12]:

“A defesa e proteção do equilíbrio do meio ambiente é um dever imposto ao Poder Público e à coletividade, para a conquista de uma sadia qualidade de vida, inclusive das futuras gerações, portanto, a imposição de um sistema de responsabilidade integral implica não só a aplicação de sanções administrativas e penais, mas também o dever de reparar os danos ambientais, que abrangem, de forma importante, a recuperação e restauração do meio ambiente lesado.” (PADILHA, 2010, pág. 282)

A responsabilidade administrativa tem suas disposições gerais previstas na Lei Nº 9.605, de 12/02/1998 [13], (Lei dos Crimes Ambientais) a qual estabeleceu

em seu artigo 70 as infrações administrativas, como: “Consideram-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Desta forma, a Lei dos Crimes Ambientais [13] tem por finalidade ser aplicada a qualquer tipo de poluição cometida ao meio ambiente, na qual os poluidores sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, sofrerão sanções como: advertência, multa, interdição de atividade, suspensão de benefícios etc.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode se concluir que a Constituição Federal de 1988 não se explicita o Direito à Água, mas de forma indireta é correto considerar que não há garantia de direito à vida, à dignidade e à saúde sem o acesso à água potável e ao saneamento básico.

Por isso, afirma-se que o Estado, por meio de suas leis, garanta a todos os habitantes do país o direito ao seu acesso, devendo haver uma corresponsabilidade da União com os Estados, Municípios e população na preservação do meio ambiente, como forma de prevenir a escassez deste recurso e conseqüentemente o prejuízo a vida, dignidade e saúde dos seres humanos.

Desta forma é imprescindível que se reconheça a água como um direito fundamental do indivíduo, a qual necessita de ações e mobilizações governamentais e sociais sobre sua tamanha importância e a necessidade de que seja implementado cada vez mais políticas eficazes de saneamento e reuso, de modo em que se possa garantir a vida das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- **CONSTITUIÇÃO FEDERAL** – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaompilado.htm – acesso em: 18 de set. 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.13.

- FLORES, Karen Müller. **O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações.** [Editorial]. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez 2011.
- **WHITNEY, E. N.; HAMILTON, E. M. N.; ROLFES, S. R.** Understanding Nutrition. 5th ed. St Paul: West, 1990.
- **Declaração Universal dos Direitos da Água** - Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html> - acesso em: 19 de set. 2016.
- **Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas** – Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-econ-soc-culturais.html> - acesso em: 19 de set. 2016.
- CARBONARI, Paulo César. **Água: Direito Humano** – disponível em: http://www.mndh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1610 – acesso em: 07 de set. 2016.
- CASTRO, Liliane Socorro. **Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana** - Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202 - acesso em: 07 de set. 2016.
- **Código das Águas** - Decreto nº 24.643, de 10.07.1934 – Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm - acesso em 21 de set. 2016.
- **Lei 9.433/97** – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm - acesso em 21 de set. 2016.
- **Código das Águas** – Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm - acesso em 21 de set. 2016.
- **Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972** – Disponível

em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Confer%C3%Aancia de Estocolmo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Confer%C3%Aancia_de_Estocolmo)
- acesso em 21 de set. 2016.

- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.
- **Lei Nº 9.605, de 12/02/1998, (Lei dos Crimes Ambientais)** – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm - acesso em 22 de set. 2016.

FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

GUILHERME AUGUSTO CRUZ ANDRADE:
Graduação na Puc/pr. Pós Graduação lato sensu
em Direito Tributário

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo discorrer sobre a função da pena, bem como sobre a crise que aflige o sistema carcerário brasileiro.

Summary: The main goal of this article is to go over the purpose of sentences as well as brazilian prison system – bankruptcy

Palavras Chaves: Teorias da pena. Sistema carcerário. Falência

Keywords: Sentence theories – prison system - bankruptcy

1-INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem por objetivo explicar a finalidade da pena privativa de liberdade a luz das teorias idealizadas para sua materialização, bem como demonstrar os fatores responsáveis pela falência do sistema carcerário brasileiro, pontuando os principais fatores que tem colaborado para esta crise.

Inicialmente, será feita uma breve discussão sobre as teorias das penas, dando enfoque às teorias absolutas, relativas e unitárias. Posteriormente, será realizada uma abordagem sobre as condições dos estabelecimentos prisionais e a falência do sistema carcerário.

2- TEORIAS QUE EXPLICAM A FUNÇÃO DA PENA E A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A pena de restrição a liberdade no sistema carcerário brasileiro subsiste com o escopo de concretizar os preceitos traçados pela teoria unificada da pena.

A teoria mista ou unificadora decorre da fusão dos conceitos e finalidades ditadas nas teorias retributivas e preventivas, esta última subdivida em geral e especial. Assim é de derradeira importância a apreciação dessas proposições, já que são as responsáveis por constituir a base adotada pelo Código Penal, no que tange a finalidade da pena.

A Teoria retribucionista ou absoluta é germinada durante a decadência do absolutismo, e ascensão da burguesia no cenário econômico e político, tendo como auge o surgimento do Estado burguês. Durante esse período a pena tinha a incumbência de retribuir o dano causado a ordem jurídica, e conseqüentemente a paz social. Nesse período, o

comportamento do autor do delito deveria ser compensada com a cominação de um castigo, que consistia na retribuição do mal causado pelo transgressor a sociedade. Os principais defensores dessa teoria eram Kant e Hegel. O primeiro autor relata que, o sujeito responsável por lesar o ordenamento jurídico deve ser impiedosamente punido pelo Estado, em razão da ação praticada em desacordo aos anseios da população, não sendo digno do Direito de cidadania^[1], enquanto o segundo entende que a pena deveria ser utilizada restabelecer a ordem jurídica que foi violada pela vontade do criminoso, retribuindo-o, pelo ato praticado em desconformidade aos ditames legais.^[2]

Enquanto a teoria preventiva ou relativa da pena se desenvolveu durante Iluminismo, em repúdio as penas desumanas aplicadas. A pena de privação de liberdade passou a ser utilizada com o escopo de resguardar a sociedade contra o exercício de práticas delituosas, vez que o temor da aplicação pena as inibia. Tal teoria subdivide-se em dois vértices: prevenção geral e prevenção especial. A primeira dirige-se ao próprio infrator, visando sua ressocialização e reeducação, reinserindo-o na sociedade, já a segunda, consiste em uma espécie de coação moral, vez que a imposição da pena teria o condão de impedir que homem racional transgredisse, haja vista o exercício de coação no seu psicológico, reprimindo os anseios criminosos em face do temor que a aplicação do castigo acarretará.

Seguindo o exemplo das legislações modernas, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista da pena, a qual objetiva a retribuição ao injusto penal, bem como a prevenção a práticas criminais futuras.

Preleciona Juarez Cirino dos Santos:

No Brasil, o Código Penal consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (art.59, CP): a reprovação exprime a idéia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/ reforço da confiança da ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.^[3]

A pena de privação de liberdade passou a vigorar no final do século XIX como a principal forma de punição contra vontades criminosas exaradas. Imaginou-se que o artifício da repreensão através da prisão teria o condão de reabilitar o criminoso, possibilitando o retorno a sociedade. Não demorou muito para se perceber o prejuízo acarretado ao ser humano com a imposição da pena restritiva de liberdade, pois ela o denigra, sendo, portanto, instrumento ineficaz para a reinserção social.

Apesar de todas as acepções teóricas buscadas ao aplicar a pena, o direito penal, em específico o penitenciário, encontra-se em crise, devido aos baixos investimentos públicos no setor, e a precária infra-estrutura verificada no sistema carcerário, em especial nos países subdesenvolvimento. A realidade brasileira não foge a essa regra.

As delegacias, penitenciárias, entre outros estabelecimentos prisionais, encontram-se hoje em estado calamitoso, em razão da fragilidade de sua estrutura, fato que propicia aos seus habitantes, condições de vida sub-humanas, e conseqüentemente revolta com a sociedade. Essas instalações são utilizadas para o martírio da parcela da população que as ocupa, sendo corriqueiro a verificação das seguintes situações: maus tratos verbais e corporais cometidos por agentes penitenciários e outros detentos; falta de higiene verificada nos corredores e celas, tornando o ambiente propício para a proliferação de doenças; superlotação carcerária propiciando o aumento da violência física e sexual; deficiência dos serviços médicos; graves problemas com homossexualismo; elevado consumo de drogas e a corrupção dos agentes penitenciários.

O processo de reeducação é dificultado com convívio de prisioneiros provisórios e de baixa periculosidade com criminosos de alta periculosidade, fator que tende a despertar tendências criminosas. Não se pode esquecer de mencionar a existência de subsistemas sociais organizados em torno de criminosos de alta periculosidade, cujos valores externados são antagônicos aos valores pregados pela sociedade. O recluso ao adentrar a prisão, passa a ter contato com a cultura carcerária, absorvendo-a com o decurso do tempo. O encarceramento vem a reforçar os valores negativos do condenado, denegrindo-o, além de estigmatizá-lo no seio social, conjunto de fatores que o torna um potencial reincidente.

A fragilidade do Estado em aplicar os preceitos das teorias citada, e custodiar os detentos é cediça. Hoje as penitenciárias são utilizadas para

o depósito de seres humanos, que enjaulados vivem em meio a sujeira, mal cheiro e abusos sexuais.

O STF ao julgar a ADPF 347 MC/DF, de rel. do Min. Marco Aurélio, reconheceu o Estado de Coisa Institucional do sistema carcerário, haja vista a violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais, causado pela inércia e incapacidade reiterada das autoridades pública em modificar esse quadro de violência a dignidade do preso.

Atualmente, presenciamos massacres decorrentes de brigas, rebeliões e motins que resultaram 123 mortes nos presídios brasileiros: 64 em Manaus (AM), 33 em Boa Vista (RO), 26 em Natal (RN). Além das mortes, foram registradas fugas em diversos presídios do Brasil. Em Natal grupos envolvidos com a rebelião ostentavam bandeiras de suas respectivas facções como demonstração de poder, e conseqüentemente de fragilidade do Estado. Esse quadro caótico decorre da superlotação, e ausência de controle do Estado sobre as facções criminosas existentes devido a precariedade de infra-estrutura.

Em tentativa de amenizar os efeitos dessa crise busca-se efetuar a construção de novos presídios, e a adoção de medidas enérgicas no controle e fiscalização da população carcerária.

Cresce de relevo, destacar, que grande parte do encarcerados ainda não possuem sentença transitada em julgado, ou cumpriram a pena arbitrada e encontram-se esquecidos em celas, evidenciando a morosidade e ineficiência do Judiciário.

A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, atua de forma ativa na tentativa de combater esse problema que aflige o país. Em reunião realizada com os presidentes dos Tribunais de Justiça de todo país, pleiteou celeridade na análise de processos envolvendo detentos. O objetivo é concluir julgamentos, bem como verificar a possibilidade de aplicação de benefícios na execução da pena, tais como: progressão de regime e livramento condicional.

O ano de 2017 pode vim a ser marcado pela constatação definitiva da crise do sistema carcerário brasileiro, pois novas rebeliões são questão de tempo, haja vista a desorganização e o excesso da população carcerária.

3- CONCLUSÃO:

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma crise que se arrasta por muitos anos e que até então não se encontrou uma solução. O problema

não é recente e na tentativa de amenizar esta situação as autoridades brasileiras têm cada vez mais procurado discutir este tema, e buscar soluções para amenizar os problemas decorrentes da superlotação e da ausência de infra-estrutura.

Ficou demonstrado que os estabelecimentos penais, em sua grande maioria, são ambientes insalubres, superlotados, onde há presos de diferentes idades, tanto provisórios como condenados, convivendo no mesmo local, o que inviabiliza o papel de ressocialização da pena.

Logo, imperiosa é adoção de medidas urgentes para solucionar essa problemática, tais como a contratação de novos juizes para solucionar o problema da morosidade do Poder Judiciário, bem como a ampliação de investimentos.

4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal**. Rio de Janeiro:Forense, 2002

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**: (modificações da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: M. Claret, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e sociedade**. 2. tiragem Curitiba: Juruá, 2000

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais,1993

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris : ICPC,2007

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime**: tratamento sem prisão: relato da experiência de uma justiça criminal alternativa. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.39

NOTAS:

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais 1993. p p.103

[2] Ibid. 1993. p.107

[3] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris : ICPC,2007 p. 465

SÚMULAS VINCULANTES E DEMOCRACIA: A VERTICALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A NEUTRALIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

TAIZ MARRÃO BATISTA DA COSTA: Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Master of Laws (LL.M.) pela Georgetown University Law Center. Advogada da União na Procuradoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União.

Resumo: Neste artigo, a partir de uma análise detida do modelo procedimental de democracia, enquanto paradigma essencialmente dialógico pensado pelo doutrinador Habermas, propõe-se uma atual reflexão sobre as consequências do monopólio interpretativo exercido da Corte Suprema enquanto guardiã da Constituição. Conforme as principais categorias da obra de Habermas são descortinadas, fica possível compreender que a supervalorização da validade na dinâmica da jurisdição constitucional suprime o momento de facticidade, da gênese democrática do direito, sendo as súmulas vinculantes exemplo claro de mecanismo através do qual o monopólio interpretativo do Tribunal opera tal supressão.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional - Discurso - Paradigma Procedimental - Modelo Deliberativo - Súmula Vinculante - Validade - Facticidade - Democracia

Sumário: 1. Introdução; 2. A Teoria do Discurso e o Paradigma Procedimental do Direito: o Modelo Procedimentalista ou Deliberativo de Democracia; 3. O Papel da Jurisdição Constitucional segundo o Paradigma Procedimental; 4. O artigo 103-A da CRFB de 1988 e a EC 45/04; 5. A Incompatibilidade do Procedimento das Súmulas Vinculantes com o Modelo Habermasiano de Democracia; 6. Conclusões Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução:

Este trabalho visa analisar o instituto da súmula vinculante em sua incompatibilidade com a democracia, concebida aqui sob o enfoque do modelo deliberativo ou procedimental elaborado por Jürgen Habermas.

Primeiramente, procederemos a uma exposição acerca do paradigma procedimental do direito, bem como sobre o modelo deliberativo de democracia apresentado por Habermas. Com este pano de fundo fundamental para o estudo do tema ora em pauta, poderemos nos concentrar precisamente na delimitação do papel da jurisdição constitucional segundo o paradigma procedimental e no seu confronto com o previsto pelo artigo 103-A da CRFB de 1988, trazido pela EC 45/04.

Para atestar a incompatibilidade do procedimento das súmulas vinculantes com o modelo de democracia habermasiano diagnosticaremos a sua inadequação ao modelo dialógico proposto pelo autor, uma vez que o instituto da súmula vinculante, ao estabelecer um monopólio interpretativo do Supremo Tribunal Federal, deságua inevitavelmente em um monólogo da Corte Suprema, semelhante à operação do princípio monológico[1] da teoria do direito solipsista de Dworkin, que é em tudo incompatível com o modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, o qual pressupõe a formação horizontal da vontade pública por via comunicativa.[2]

Poderemos, enfim, compreender que a conseqüência desta *final opinion*[3] do Supremo Tribunal Federal é a neutralização do espaço público e a obstrução da democracia, inclusive, devido às nefastas conseqüências sobre um dos princípios mais caros ao Estado democrático de direito brasileiro: o princípio da independência funcional do juiz.

Ademais, perceberemos que o mecanismo da súmula vinculante opera com a tensão entre facticidade e validade, mas não elaborando-a como faz o paradigma procedimentalista, mas suprimindo a facticidade em prol da validade. Assim, a deliberação democrática com o fortalecimento da racionalidade da jurisdição, oriunda da aceitabilidade racional, fica prejudicada com o recurso das súmulas vinculantes, devido à super valorização da segurança jurídica que este opera ao conferir um monopólio interpretativo ao STF.

Visto que a democracia depende da conservação de um momento de facticidade, de imanência e de soberania popular (institucionalizada e não institucionalizada), no sentido da autonomia dos cidadãos politizados, que em um diálogo ininterrupto participam dos discursos racionais que visam conferir legitimidade através do assentimento racional de todos os possíveis atingidos pelas normas (Princípio D)[4], a super valorização do princípio da segurança jurídica, da legalidade e da validade ocorre em prejuízo da legitimidade democrática da formação da vontade pública por via comunicativa, e, portanto, da democracia.

A super valorização da validade suprime justamente este momento de facticidade, de gênese democrática da política, de autonomia, transitividade e imanência. Por tudo isso, podemos concluir que decisão/interpretação final do STF representa uma transcendência, um engessamento da dinâmica transitiva do mundo da vida, isto porque o Pai-Tribunal[5] em seu monopólio interpretativo opera uma heteronomia que acaba por neutralizar a autonomia pública dos cidadãos.

2. A teoria do discurso e o paradigma[6] procedimental do direito: o modelo procedimentalista ou deliberativo de democracia

“O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.”[\[7\]](#)

Com o objetivo de superar a tendência a idealizações (como a teoria do direito dworkiana solipsista do juiz Hércules), bem como aquilo que identifica como os paradigmas jurídicos do liberalismo e do Estado social, Habermas apresenta o paradigma procedimentalista do direito, que visa justamente absorver os outros dois ao mesmo tempo em que, enquanto paradigma, atenua as exigências ideais que cercam a teoria do direito.[\[8\]](#)

Habermas propõe uma teoria da argumentação jurídica ou discursiva do direito para assumir o fardo das exigências ideais que Dworkin atribuiu a Hércules[\[9\]](#) e reinterpreta, assim, a teoria construtivista do direito vigente[\[10\]](#) de Dworkin de acordo com seu modelo procedimentalista. Assim como Dworkin, Habermas releva a necessidade de racionalização das decisões e rejeita, por conseguinte, as concepções positivistas de sistema fechado de regras[\[11\]](#) e de poder discricionário judicial em sentido forte (que solapa inevitavelmente a democracia pelo exercício de um decisionismo irracional).

Todavia, a teoria construtivista habermasiana apóia-se no modelo procedimentalista ou discursivo do direito, em superação aos modelos liberal e do Estado social, no qual a reconstrução do direito vigente não é levada a cabo pela idealização de um juiz com saber sobre-humano, por uma construção teórica realizada monologicamente, mas pelo agir comunicativo ou pela prática da argumentação de uma “comunidade aberta dos intérpretes da constituição”, no dizer de Peter Häberle, enfim, pela intersubjetividade da coletividade deliberativa.

“Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que seve como pano de fundo. E exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto” (...) E o paradigma procurado tem que adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas; deve fazer jus à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais; e superar o propalado particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social, a qual não foi bem

compreendida e faz com que (o direito) se dissolva no momento em que recebe um incremento (...) Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de *todos* os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração. E, com o esgotamento do paradigma do Estado social, vieram à tona problemas relevantes para os especialistas em direito, levando-s a pesquisar os modelos sociais inseridos no direito. As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretensioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, *todos* os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas. Ora, a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois, graças às suas prerrogativas de decisão e graças às suas experiências e conhecimentos profissionais a justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não tem autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público de cidadãos.”^[12]

Habermas diagnostica que ambos os paradigmas precedentes, o do liberalismo e o do Estado social, compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica de capitalismo industrial e concebem apenas o *status* negativo das pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica (garantia da autonomia privada através de direitos à liberdade – liberalismo – ou garantia da autonomia privada através da materialização dos direitos de liberdade através de prestações sociais – Estado social).^[13]

Em resposta, no paradigma procedimentalista do direito a autonomia privada e a pública se entrelaçam necessariamente em uma auto-organização da comunidade jurídica. O paradigma procedimentalista do direito ressalta o *status* das pessoas enquanto autores da ordem jurídica da qual são destinatários e deita a legitimidade do direito justamente nesta autonomia das pessoas privadas, posto que segundo uma compreensão pós-metafísica do mundo, a legitimidade do direito vigente pode pretender residir tão somente na formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos livres e iguais. Desta forma, as expectativas de racionalização e legitimação do direito (pela aceitabilidade racional) se localizam

nas formas de comunicação, enquanto estruturas abstratas de reconhecimento mútuo.[\[14\]](#)

Diante da crise o paradigma de direito do Estado social[\[15\]](#), Habermas rejeita a alternativa neoliberal de retorno ao paradigma anterior, o do estado liberal[\[16\]](#), por entender que o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado trouxeram a necessidade de uma legitimação de tipo diverso[\[17\]](#), pela gênese democrática do direito através de um processo político com condições procedimentais de normatizações legítimas levado a cabo por uma sociedade jurídica que se organiza a si mesma.[\[18\]](#)

Habermas explica que os elementos normativos e descritivos do paradigma jurídico procedimentalista são: a teoria do direito fundada no discurso, segundo a qual o Estado democrático de direito configura uma institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais constitutivos de uma formação discursiva da opinião e da vontade que viabiliza o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito; a teoria da sociedade fundada na comunicação, na qual o sistema político estruturado como Estado de direito é tão somente um sistema de ação entre outros; uma determinada concepção de direito, que entende a comunicação jurídica como um *medium* “através do qual as estruturas de reconhecimento concretizadas no agir comunicativo passam do nível das simples interações para o nível abstrato das relações organizadas”[\[19\]](#).

Pelo exposto, pode-se inferir que o objetivo do paradigma procedimentalista do direito é superar a crise e a controvérsia entre os paradigmas precedentes e fornecer uma legitimação suplementar, ou aquele outro tipo de legitimação necessário em vista das mudanças já apontadas nas tarefas do Estado de direito, uma legitimação com base na gênese democrática do direito através de uma esfera pública politizada na qual “os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos”[\[20\]](#).

Habermas destaca que o núcleo do paradigma procedimentalista do direito reside na “combinação universal e mediação recíproca entre a soberania do povo[\[21\]](#) institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada” enquanto chave para o entendimento da gênese democrática do direito. Assim, ressalta que o substrato social necessário à realização do sistema de direitos é formado pelos fluxos comunicacionais e influências públicas que emergem da sociedade civil[\[22\]](#) e da esfera pública[\[23\]](#) política transmutados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste sentido, a esfera pública apresenta-se como “ante-sala do complexo parlamentar e como periferia que inclui o centro político”. Através dos processos democráticos a opinião pública se converte em poder comunicativo, que tanto autoriza o legislador quanto legitima a administração reguladora e impõe “obrigações de fundamentação mais rigorosa a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito”.[\[24\]](#)

Além da dimensão procedimental ou formal, que Habermas aponta como a única adequada ao mundo secularizado pós-metafísico e às sociedades complexas onde não existe um único *ethos* compartilhado[25], o paradigma procedimentalista traz uma dimensão de sociabilidade ou solidariedade social pela prática da autodeterminação comunicativa enquanto processo intersubjetivo de exercício da autonomia pública e privada.[26] Nele, a sociedade civil e a esfera pública política adquirem posição de destaque no processo democrático, modificando-se a concepção estanque de outrora de uma sociedade civil com *status* somente negativo apartada por completo de um Estado limitado.[27]

Um tal paradigma procedimentalista do direito baseado, como vimos, na teoria do discurso, traz a necessidade de uma concepção também procedimentalista de democracia, enfim, de um modelo deliberativo de democracia, no qual o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático.

O modelo deliberativo de democracia apresenta-se como uma tentativa de medição entre os modelos de democracia liberal e republicano.[28] Tal qual o paradigma procedimentalista do direito operou a síntese e a superação dos modelos do Estado liberal e do Estado social, o conceito procedimental de democracia intenta combinar características dos dois modelos de democracia em disputa para fornecer um modelo mais adequado às democracias das sociedades complexas atuais.[29]

Segundo José de Albuquerque Rocha, o modelo deliberativo habermasiano é uma espécie de tradução política da teoria da ação comunicativa, pois vincula as decisões dos conflitos políticos a práticas argumentativas nos diversos espaços públicos, que constituem a esfera pública, fonte da opinião e da vontade política informal. O modelo deliberativo de democracia, em consonância com o paradigma procedimentalista do direito, concebe, pois, o Estado como ancorado ao modelo comunicativo no qual se desenvolve o processo político, cuja pretensão de racionalidade reside justamente na formação discursiva da opinião e da vontade.

Neste sentido, ressalta que o que o modelo deliberativo opera é uma conciliação dos dois modelos anteriores de democracia, compatibilizando a autonomia privada e a pública que se complementam (conforme o paradigma procedimental do direito) e substituindo a concepção liberal do Estado como ente em separado da sociedade adstrita à atividade econômica privada que contra ele possui liberdades negativas (adicionando a dimensão de solidariedade, em conformidade com o paradigma procedimentalista do direito) e a concepção republicana do Estado enquanto comunidade ética, que torna o processo democrático dependente do agir conjunto de cidadãos virtuosos (que por sua incompatibilidade com as sociedades complexas do mundo pós-metafísico se torna irrealizável enquanto calcado em uma cidadania capaz de agir coletivamente e que deve, pois, ser substituído por um modelo de legitimação democrática que resida

na institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais e no jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal[30]).[31]

Após analisar detalhadamente os modelos liberal e republicano[32], Habermas destaca as vantagens e desvantagens do modelo republicano e sugere seu modelo procedimentalista ou deliberativo de democracia como um terceiro modelo, como uma alternativa que combina as dimensões mais vantajosas das outras duas. Em consonância com a necessidade de superação do paradigma liberal do direito pelo paradigma procedimentalista devido à já mencionada crise do primeiro com as mudanças no papel do Estado advindas do Estado social, Habermas aproxima seu modelo de democracia do modelo republicano, mas o adapta à realidade das sociedades complexas e plurais contemporâneas, libertando-o de seu estreitamento ético.[33]

Aponta como vantagem o sentido radicalmente democrático que reside na auto-organização da sociedade pelos cidadãos em mútuo acordo pela via comunicativa. A desvantagem, por sua vez, residiria na excessiva idealização que tornaria o processo democrático dependente da virtuosidade de cidadãos orientados ao bem comum, ou seja, pelo foco exclusivo nos acordos mútuos de caráter ético. Assim, conclui que o erro republicano consiste em uma condução estritamente ética dos discursos políticos.[34]

Um conceito de democracia adequado às sociedades complexas, nas quais o horizonte ético dos cidadãos na maioria das vezes não é compartilhado, deve, pois, ser um conceito de política deliberativa que faz jus justamente às diversidades e divergências próprias dessas sociedades, pelo deslocamento da razão prática dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para se instalar na estrutura de comunicação lingüística.[35]

Assim o reconhecimento mútuo e a dimensão de solidariedade como fonte de integração social fazem parte do modelo procedimentalista de democracia, em consonância com o paradigma procedimentalista do direito, mas não da mesma forma que no modelo republicano de democracia, pois não se trata da reflexão acerca de um contexto de vida ético comum[36], mas na deliberação política intersubjetiva voltada à legitimação democrática pela aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos.[37]

Importante ressaltar, enfim, que, como no modelo liberal, o limite entre Estado e sociedade permanece respeitado, mas não se configura mais como um esquema de compartimentos fechados de forma estanque, posto que sociedade civil opera como fonte de legitimação democrática enquanto fundamento social das opiniões públicas autônomas.[38] Desta forma, o poder socialmente integrativo da solidariedade se autonomiza e se contrapõe ao outros dois poderes (dinheiro e administração)[39], sendo a fonte de racionalização[40] discursiva das decisões

políticas. “Portanto, o modelo deliberativo não dispensa a democracia liberal que é o marco dentro do qual se desloca.” [\[41\]](#)

3. O papel da jurisdição constitucional segundo o paradigma procedimental

“Ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a *justiça* só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. Isso vale também, como vimos, para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito. O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente das burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um Fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.” [\[42\]](#)

Conforme se pode inferir do trecho reproduzido acima, Habermas não nega, à luz de sua concepção de democracia, a interpretação construtiva do tribunal constitucional, especialmente porque concebe o princípio da separação de poderes de forma diversa da esposada pelo modelo liberal. Não obstante, seu paradigma procedimentalista do direito, bem como seu modelo deliberativo de democracia, impõe restrições à função de interpretação construtiva do tribunal constitucional. Isto porque, o paradigma procedimentalista tem como principal objetivo a proteção das condições do procedimento democrático.

Ao realizar em sua teoria uma abordagem reflexiva, e não concretista, Habermas, em consonância com seu paradigma procedimentalista do direito, concebe diferentemente o esquema clássico da divisão de poderes, que provém do

paradigma liberal que pretende ver superado. O esquema clássico do modelo liberal parte da premissa, já apontada no tópico anterior, da separação total entre Estado e sociedade civil, ignorando as relações intersubjetivas e a autonomia pública dos cidadãos, que possuem apenas liberdades negativas. O positivismo, com sua concepção ficcional do ordenamento jurídico como um sistema de regras fechado e completo e a separação de poderes concebida de forma absoluta ou inflexível são sintomas desta visão de mundo.

A necessidade de uma reinterpretação do princípio da separação de poderes advém justamente da crise, já apontada, do paradigma de direito do Estado social, que operou a materialização do direito[43] e com isso sua indeterminação, consoante o ponto de vista do paradigma liberal positivista. Conforme outrora aludido, Habermas rejeita a alternativa neoliberal de retorno ao paradigma anterior, o do estado liberal[44], por entender que o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado trouxeram a necessidade de uma legitimação de tipo diverso[45], pela gênese democrática do direito através de um processo político com condições procedimentais de normatizações legítimas levado a cabo por uma sociedade jurídica que se organiza a si mesma.[46]

E é justamente essa tomada de posição pela manutenção do compromisso com o Estado social, e pela conseqüente rejeição à proposta neoliberal, que traz a necessidade de uma nova concepção da relação entre Estado e sociedade civil, da Constituição e do princípio da separação de poderes.[47] Habermas vislumbra que a saída para a crise reside justamente no deslocamento do foco concretista que encarcera o direito e a política no Estado para uma compreensão reflexiva do direito e da política alocada também na sociedade civil politizada e autônoma privada e publicamente.[48]

Conforme já abordamos na exposição acerca do paradigma procedimentalista do direito, um dos elementos deste paradigma jurídico é a teoria da sociedade fundada na comunicação e segundo este postulado, o sistema político estruturado nos moldes do Estado de direito é apenas um sistema de ação entre outros, inserido no mundo da vida por meio de uma esfera pública que se ancora em uma sociedade civil. Eis a superação, viabilizada pelo paradigma procedimentalista, da separação absoluta entre Estado e sociedade, axioma do paradigma liberal, e do conseqüente encerramento da política no Estado operado por ela.[49]

“O avanço do direito regulativo oferece apenas a ocasião para a dissolução de uma determinada figura histórica da divisão de poderes no Estado de direito. Hoje em dia, o legislador político tem que escolher entre o direito formal, o material e o procedimental: tudo depende da matéria a ser regulada. Daí a necessidade de uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes. Pois o manejo reflexivo de formas jurídicas alternativas proíbe que se tome a lei geral e abstrata como o único ponto de referencia para a separação institucional entre instâncias que legislam, que executam e que

aplicam o direito. Mesmo durante o período liberal, a separação funcional não coincidiu perfeitamente com a separação institucional de poderes. No entanto, as diferenças surgiram claramente no decorrer do desenvolvimento do Estado social.” [50]

Isto dito, podemos inferir que o paradigma procedimentalista confere e endossa uma posição ativa por parte do judiciário e do tribunal constitucional. Isto porque a materialização do direito operada pelo Estado social não pode ser simplesmente ignorada com o retorno ao paradigma liberal anterior. A “remoralização” do direito ocorrida com a introdução de normas de princípio que ora perpassam a ordem jurídica gera uma indeterminação do direito ou uma necessidade de concretização dos programas legais que obriga a justiça a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito. Desta forma, é patente que o ordenamento jurídico não pode mais ser concebido como um sistema fechado e auto-referenciado de normas, o que, por sua vez, traz a necessidade de uma interpretação construtiva do direito.

Neste sentido, Habermas concorda com Dworkin ao compreender que a existência de princípios e a incompletude do ordenamento, que se traduzem em zonas cinzentas para as quais as regras em sentido estrito não apresentam respostas prontas, demanda do julgador uma postura mais ofensiva que a de “boca da lei”, classicamente a ele atribuída pelo modelo liberal. Habermas concorda com Dworkin também quanto à necessidade de racionalização das decisões judiciais com a rejeição à possibilidade de exercício da discricionariedade nos casos de lacuna, por ser a fundamentação racional pressuposto essencial da democracia.

Contudo, é justamente na forma de racionalização que Habermas se afasta de Dworkin. Enquanto Dworkin, ainda atrelado ao paradigma liberal, concebe o juiz Hércules como o único ator responsável pela tarefa monumental de reconstrução do direito vigente (foco exclusivo no Estado de direito, como único espaço político), Habermas apóia sua teoria construtivista no modelo procedimentalista ou discursivo do direito, em superação aos modelos liberal e do Estado social, no qual a reconstrução do direito vigente não é levada a cabo pela idealização de um juiz com saber sobre-humano, por uma construção teórica realizada monologicamente, mas pelo agir comunicativo ou pela prática da argumentação de uma “comunidade aberta dos intérpretes da constituição”, no dizer de Peter Häberle, enfim, pela intersubjetividade da coletividade deliberativa. [51]

Portanto, Habermas concebe as pessoas como cidadãos com autonomia privada e pública e, neste sentido, com direitos positivos de participação. Os papéis centrais desempenhados pela sociedade civil e pela esfera pública política no modelo procedimentalista de democracia habermasiano denotam tal concepção. E é por tudo isso que o paradigma procedimentalista, baseado na teoria do discurso, apesar de conceber o papel ativo do tribunal constitucional, pela necessária

reinterpretação do princípio da separação de poderes, ao mesmo tempo restringe este ativismo pela exigência de legitimação racional das decisões da corte pela gênese democrática do direito.

O ativismo da corte constitucional, portanto, é limitado, sob a ótica do paradigma procedimentalista do direito e do modelo deliberativo de democracia, pela autonomia pública dos cidadãos que, enquanto titulares de uma esfera pública jurídica politizada, fazem parte de uma coletividade deliberativa, de uma sociedade jurídica que se organiza a si mesma através intersubjetividade do agir comunicativo.

O reconhecimento mútuo e a dimensão de solidariedade como fonte de integração social, que fazem parte do modelo procedimentalista de democracia, em consonância com o paradigma procedimentalista do direito, enquanto deliberação política intersubjetiva voltada à legitimação democrática pela aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos, operam, pois, como elementos da teoria habermasiana que permitem o deslocamento do foco concretista que encarcera o direito e a política no Estado para uma compreensão reflexiva do direito e da política alocada também na sociedade civil politizada e autônoma privada e publicamente.

A teoria da sociedade fundada na comunicação, por sua vez, ao conceber o sistema político estruturado nos moldes do Estado de direito apenas como um sistema de ação entre outros, inserido no mundo da vida por meio de uma esfera pública que se ancora em uma sociedade civil viabiliza a superação da separação absoluta entre Estado e sociedade, axioma do paradigma liberal, e do conseqüente encerramento da política no Estado operado por ela.

Este fortalecimento do papel da cidadania, da sociedade civil e da formação da opinião e da vontade por meio do agir comunicativo com o entrelaçamento entre mundo da vida e sistema, entre autonomia privada e pública, entre soberania popular institucionalizada e não institucionalizada, impede o ativismo judicial pleno porque isto significaria uma absorção do mundo da vida pelo sistema, pela (re)construção (ilegítima) de um direito ilegítimo, de gênese não democrática. Desta forma, o *empowerment* das pessoas privadas impede um paternalismo do tribunal constitucional de todo inadequado com o modelo deliberativo de democracia.^[52]

Isto porque, como já afirmado, no paradigma procedimentalista do direito a autonomia privada e a pública se entrelaçam necessariamente em uma auto-organização da comunidade jurídica. O paradigma procedimentalista do direito ressalta o *status* das pessoas enquanto autores da ordem jurídica da qual são destinatários e deita a legitimidade do direito justamente nesta autonomia das pessoas privadas, posto que segundo uma compreensão pós-metafísica do mundo, a legitimidade do direito vigente pode pretender residir tão somente na formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos livres e iguais, pelo que as

expectativas de racionalização e legitimação do direito (pela aceitabilidade racional) se localizam nas formas de comunicação, enquanto estruturas abstratas de reconhecimento mútuo.

O que Habermas rejeita é o paternalismo do tribunal constitucional porque o paradigma procedimentalista, apoiado na teoria do discurso, entende a política deliberativa como constitutiva e, portanto, exercitada de forma contínua e permanente, como modo normal/regular do exercício do poder constituinte e não como um estado de exceção, como concebe o republicanismo, atrelado à concepção ética da autonomia do cidadão.^[53] Habermas explica que tal concepção excepcionalista da prática política, à qual a tradição republicana adere por ligar a prática política dos cidadãos ao *ethos* de uma comunidade na qual a política fica dependente do agir de cidadãos virtuosos, leva à necessidade de um “lugar-tenente pedagógico”^[54], a atuar como regente durante o tempo em que o povo soberano se concentra no seu modo normal de privatismo cidadão^[55] e justamente para compensar o desnível que se forma entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Isto porque, a imputação de virtude como requisito para o exercício da política deliberativa leva a que se perceba o processo democrático real como uma política desvirtuada ou “decaída”.^[56]

“Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais ao pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada Teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.”^[57]

Habermas adota uma compreensão procedimentalista da constituição^[58], mas como já delineado, a depura da limitação gerada pela concepção republicana excepcionalista da deliberação política. Ele reformula a proposta de

Ely^[59] reproduzida no trecho acima justamente por conceber a autodeterminação dos cidadãos como autonomia pública exercida continuamente enquanto processo de formação de opinião e de vontade política por via comunicativa. Assim, não concebe que o tribunal constitucional, ao exercer o controle abstrato de normas, possa apelar para uma autoridade derivada^[60], inferida do direito de autodeterminação do povo, pois este se exerce continuamente e no funcionamento regular do processo político, já que o processo democrático não configura um estado de exceção^[61].

Disto resulta que legitimação da jurisdição constitucional não depende da latência da política deliberativa de cunho popular, a qual substituiria em sua autodeterminação, como um regente substitui um sucessor menor de idade. A legitimação do tribunal constitucional, ao contrário, depende da efetivação e da manutenção da política deliberativa, para cuja proteção existe, enquanto guardião dos direitos fundamentais garantidores da autonomia política dos cidadãos e da gênese democrática do direito, que pode, portanto, atuar no máximo como um tutor que vela pelo implemento das condições possibilitadoras de um tal processo.^[62]

A função do tribunal constitucional consiste, pois, na proteção da política deliberativa e neste sentido ele deve garantir suas bases de funcionamento, as condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, fonte de racionalidade e de legitimação democrática. O tribunal constitucional deve garantir, pois, que a prática da autodeterminação deliberativa desenvolva-se nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação da opinião e da vontade nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista – entrelaçamento da soberania institucionalizada e da não institucionalizada). Neste sentido, a Corte suprema deve buscar constantemente a inclusão das vozes ausentes, a efetivação da democracia pela amplitude crescente do espectro de intérpretes da constituição.

4. O artigo 103-A da CRFB de 1988 e a EC 45/04

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave

insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Acerca da dinâmica de funcionamento do expediente das súmulas vinculantes, Luís Roberto Barroso explica que, na prática, “as súmulas prestam-se a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão constitucional.” E acrescenta: “Isso porque, estabelecida uma interpretação vinculante para determinado enunciado normativo, a consequência será a invalidade de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, oriundo do Poder Judiciário ou mesmo de particulares”.[\[63\]](#)

Neste sentido, o autor chama atenção para o fato de que o uso da súmula vinculante não se limita ao controle incidental de constitucionalidade, mas pelo contrário, permite que o STF confira eficácia vinculante a qualquer tese jurídica, ficando o entendimento da corte cristalizado em um enunciado dotado de eficácia geral. Desta forma, afirma que decisões produzidas em controle abstrato podem vir a ser sumuladas com eficácia vinculante.[\[64\]](#)

Fica claro, portanto, que o instituto trazido pela EC 45/04 ao sistema brasileiro de jurisdição constitucional confere ao STF o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como já mencionamos, segundo Luís Roberto Barroso, até mesmo aos particulares, a observância compulsória de sua jurisprudência.

As razões trazidas pelo autor para justificar o instituto das súmulas gravitam em torno dos benefícios da celeridade e da eficiência na administração da justiça, com a diminuição do número de recursos que chega ao STF, bem como pela compreensão renovada em torno da interpretação jurídica, que não mais pode ser concebida como uma atividade mecânica de revelação dos conteúdos das regras jurídicas, mas de esclarecimento quanto aos conteúdos cada vez mais abertos (indeterminados) do direito, tais como termos polissêmicos, princípios gerais e conceitos jurídicos indeterminados.[\[65\]](#)

Quanto ao argumento do eficientismo, com a simplificação do processo decisório pela centralização da tarefa interpretativa na corte constitucional que gera, sem dúvida, maior celeridade, devemos, neste primeiro momento, ressaltar que ele parte da premissa de que “em uma sociedade de litígios de massa, não é possível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição”.^[66] O papel da sociedade civil aparece claramente desprestigiado, bem como desprestigiada fica a concepção da cidadania jurídica como entrelaçamento da autonomia privada com a pública. A massa que necessita do paternalismo pela centralização decisória^[67] não é, portanto, concebida como uma esfera pública jurídica politizada, como cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição”.

Já em relação ao argumento segundo o qual a atividade interpretativa não mais se coaduna com a função mecânica de aplicação pura e simples da lei, como explicado ao longo de nosso desenvolvimento acerca da teoria habermasiana, de fato, a materialização do direito trazida pelo paradigma do Estado social, exige uma interpretação construtivista do direito vigente, mas isso não significa que o intérprete possa criar direito novo sem qualquer base de legitimidade democrática, partindo tão somente de uma compreensão semântica da textura aberta da norma.

A teoria habermasiana, ao atribuir ao tribunal constitucional a tarefa de velar pela prática da autodeterminação deliberativa a desenvolver-se nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação da opinião e da vontade nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista), restringe o tribunal constitucional em sua função criativa do direito não apenas no sentido de um dever de observância, mas também de um dever de promoção da política deliberativa, pois nisso residiria sua própria legitimação democrática. Devemos observar, ademais, que isto implica uma concepção procedimentalista da constituição, o que deve excluir a possibilidade de uma jurisprudência de valores a ser ditada pelo pai-regente tribunal aos filhos de menoridade. Por fim, deve-se ter em mente que a teoria habermasiana objetiva a maior racionalidade e legitimação do direito pela ampliação do número de intérpretes da constituição, objetivo este que, inclusive, o tribunal constitucional, segundo o paradigma procedimentalista, deve garantir enquanto guardião das condições do procedimento democrático.

Vale ressaltar que as súmulas vinculantes podem ser editadas, revistas ou canceladas tão somente pela decisão de dois terços dos ministros do STF.^[68] Além disso, como observa Luís Roberto Barroso, “A Constituição e a lei não especificaram o número de decisões que deve anteceder a medida e nem seria o caso de fazê-lo.” Portanto, na prática, fica ao alvedrio do STF o poder de decidir quando uma questão constitucional foi suficientemente objeto de “reiteradas decisões” a ponto de se justificar sua cristalização em súmula vinculante.^[69]

Por fim, cabe ressaltar que para “evitar o esvaziamento do instituto por eventual insubordinação^[70] dos órgãos que deveriam aplicar as súmulas”, o § 3º do art. 103-A previu a possibilidade de reclamação contra a decisão judicial ou ato administrativo que não aplique súmula vinculante que deva ser aplicada ou que aplique súmula de forma indevida. O STF poderá anular o ato administrativo desrespeitoso ou cassar a decisão judicial, determinando sua substituição pela decisão que o tribunal reputa adequada.^[71]

Quanto à EC 45/04, que trouxe o instituto jurídico da súmula vinculante à jurisdição constitucional brasileira, vale reproduzir aqui os lúcidos comentários de Claudio Baldino Maciel. Sua análise crítica da Reforma do Judiciário nos será útil quando do estudo, no tópico que se segue, dos reflexos das súmulas vinculantes sobre o princípio da independência funcional do juiz.

Cláudio Baldino Maciel analisou sob o ponto de vista da globalização e do neoliberalismo a reforma do Judiciário brasileiro para concluir que se trata, na realidade, de um fenômeno que vem ocorrendo na maior parte dos países em desenvolvimento, nos quais o Poder Executivo vem ampliando cada vez mais a sua atuação em detrimento dos demais Poderes.^[72] Expõe o autor seu entendimento no seguinte sentido:

“Pois sendo o Judiciário o poder controlador da área de atuação dos demais poderes, sobretudo do Executivo, está a sofrer tentativas de reformas em muitos países. Vêm elas postas coincidentemente no mesmo momento histórico. Tais reformas, no Brasil, nitidamente procuram diminuir a expressão político-institucional do Poder Judiciário e, com isso, transformá-lo em menor obstáculo para o exercício das atividades do Poder Executivo nas suas políticas governamentais.” ^[73]

Buscando a raiz deste fenômeno, o autor atenta para o fato de que o documento do Banco Mundial “O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma” (produzido nos Estados Unidos em meados de 1996)^[74] prevê a necessidade de reformas nos Poderes Judiciários da América Latina e do Caribe para “quebrar a natureza monopolística do Judiciário, melhor garantir o direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado”. ^[75]

Assim, o autor conclui que a reforma é na realidade parte de um projeto global que visa fragilizar a expressão institucional do Poder Judiciário, que passaria a ter uma atuação menos contundente enquanto garantidor dos direitos e liberdades, permitindo o trânsito livre de percalços para o capital internacional, para o qual um ambiente favorável e, principalmente, previsível mostra-se essencial em termos de desenvolvimento. ^[76]

5. A incompatibilidade do procedimento das súmulas vinculantes com o modelo habermasiano de democracia

“O artigo 103-A autoriza o Supremo Tribunal Federal a criar súmulas vinculantes que são normas gerais, conforme demonstrado no capítulo I, ns. 4 e 5. A criação de normas gerais e abstratas impondo ou proibindo condutas às pessoas em geral, vale dizer, disciplinando a conduta do povo, é reservada de modo absoluto pela Constituição à lei, isto é, aos representantes do povo. Como sabemos, se a Constituição reserva uma determinada matéria à lei, significa excluir a competência de todos os outros órgãos para regular essa matéria. A razão disso está no princípio democrático consagrado na Constituição que, em essência, significa que a validade das normas depende de que tenham sido estabelecidas com a participação de todos os que podem ser potencialmente afetados por elas (...) Entretanto, como mencionado tantas e tantas vezes, o artigo 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, outorga poderes (competência) ao Supremo Tribunal Federal para produzir enunciados de súmulas vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário e administrações públicas de todas as espécies, nas três esferas estatais e, implicitamente, para a população que, sabendo que são de aplicação obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário e administrações públicas, procurará cumpri-las, até por razões estratégicas para fugir das sanções que sua desobediência poderá acarretar. Obrigando a todos, entidades públicas e sujeitos privados, como resulta da literalidade das disposições do referido artigo 103-A, as súmulas vinculantes configuram verdadeiras normas jurídicas gerais e abstratas, de hierarquia superior à própria lei, uma vez que ditam o sentido em que as disposições legislativas (leis) devem ser entendidas, o que dá aos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, escolhidos e nomeados pelo presidente da República, ratificada a escolha burocraticamente pelo Senado Federal, mais poder do que o conferido ao legislador democrático, pois quem tem autoridade absoluta para atribuir sentido à lei é, sob todos os aspectos, o verdadeiro legislador, e não quem escreve o texto da lei (...) Diante disso, verifica-se que há um conflito de competência entre a disposição do artigo 5º, n. II, da Constituição que reserva à lei, isto é, ao legislador democrático, com exclusividade, a competência para prescrever normas gerais sobre a conduta do povo, e o artigo 103-A que outorga ao Supremo Tribunal Federal idêntica competência a ser exercida através da emissão de enunciados de súmula vinculante, que podem ter por objeto qualquer matéria, já que não há aspecto jurídico da vida humana que não encontre fundamento na Constituição. Por conseguinte, o artigo 103-A é inconstitucional por atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência (o poder) para emitir enunciados de súmulas vinculantes sobre a conduta das pessoas, o que ofende o direito fundamental de liberdade, matéria que a Constituição reserva à lei de modo absoluto (artigo 5º, n. II) (...) Como as normas jurídicas implicam limites à liberdade, essa limitação só pode ser aceitável se as pessoas participam ou têm a possibilidade de participar de sua

produção, embora indiretamente como nas democracias representativas, o que não ocorre com as súmulas vinculantes.” [77]

Apesar de José de Albuquerque Rocha intencionar a demonstração da incompatibilidade do procedimento das súmulas vinculantes com a Constituição brasileira de 1988 e este trabalho ter por objetivo a conclusão da incompatibilidade deste procedimento com a teoria habermasiana, especialmente no que tange ao seu modelo de democracia e seu paradigma procedimentalista do direito, a reprodução do trecho acima afigura-se bastante válida por diversos motivos. Antes de enumerá-los, porém, é fundamental ressaltar que o autor realiza uma aproximação entre o modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira e o modelo habermasiano [78], o que permite nossa apropriação de algumas de suas lúcidas conclusões, após, é lógico, as devidas adaptações ao escopo de nossa exposição.

O principal motivo reside no fato de ter o autor conseguido captar de forma contundente a magnitude e a amplitude do poder que as súmulas vinculantes conferem ao STF, principalmente, através do diagnóstico de que as súmulas tratam-se, na verdade, de normas gerais e abstratas cogentes, inclusive, perante a população.

Além disso, o autor percebe a ofensa à liberdade que o instituto promove, justamente por entender liberdade enquanto liberdade não só negativa, mas, antes de tudo, positiva, no sentido de autonomia pública. Desta forma, o autor atesta que as súmulas impedem o exercício da democracia deliberativa, enfim, da auto-regulação expressa pelo princípio D.

Como não intencionamos concluir pela inconstitucionalidade do artigo 130-A, mas sim pela incompatibilidade deste dispositivo com o modelo deliberativo de democracia, analisado no item 2 deste trabalho, e com o papel que o paradigma procedimentalista atribui à jurisdição constitucional, analisado no item 3 deste trabalho, devemos alargar o espectro de nossa abordagem, a fim de que pontos fundamentais não contemplados pela análise de José Albuquerque Rocha (porque repita-se o escopo de seu trabalho era outro) venham à luz.

Tomando as conclusões do autor como pressupostos para nossa argumentação, bem como ancorados em tudo o que foi dito acerca da teoria habermasiana nos itens 2 e 3 desta apresentação, podemos facilmente compreender que as súmulas conferem à corte uma função inadequada ao seu papel no esquema da democracia enquanto processo deliberativo e com isso prejudicam o processo democrático.

Tanto pelas conclusões de Luís Roberto Barroso, quanto pelas de José Albuquerque Rocha, podemos entender que a súmula vinculante confere um

monopólio interpretativo ao STF e, mais do que isso, permite que o tribunal legisle, uma vez que seus enunciados correspondem a normas gerais e abstratas com eficácia erga omnes.

Diante deste quadro, uma série de incompatibilidades com a teoria habermasiana podem ser apontadas. Abordaremos, não exaustivamente, os seguintes temas, tendo em mente que todos possuem implicações recíprocas: o monopólio interpretativo do STF – monólogo e juiz Hércules, agir comunicativo e retroalimentação do sistema pelo mundo da vida, *final opinion*; o foco no Estado (visão concretista) – supressão da dimensão de solidariedade, supressão da autonomia pública da sociedade civil politizada, neutralização do espaço público, retorno à separação absoluta entre Estado e sociedade (alternativa neoliberal), aprisionamento da política no Estado de direito, pessoas concebidas apenas com *status* negativo (massa); o papel da jurisdição constitucional – a interpretação construtiva restringida pela política deliberativa, admissão de uma postura ativa do tribunal por conta da indeterminação do direito operada pela sua materialização cujo limite é a liberdade positiva dos cidadãos (reinterpretação da separação de poderes), paternalismo do tribunal, heteronomia, supressão da facticidade, transcendência; legitimidade dos enunciados sumulados, a legitimidade do direito reside na formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos livres e iguais, a democracia pelo agir comunicativo da comunidade aberta dos intérpretes da constituição, princípio D e legitimidade pela gênese democrática do direito; EC 45 – segurança jurídica em detrimento da democracia, validade em detrimento da facticidade, concentração do poder na cúpula do judiciário com seus reflexos sobre o princípio da independência funcional do juiz, características do modelo liberal em detrimento das do republicano, reaproximação do modelo liberal e do positivismo jurídico, sistema fechado e auto-referencial com o poder de revisão das súmulas nas mãos do STF (quórum qualificado).

Quanto ao primeiro ponto levantado, o monopólio interpretativo do STF, o instituto da súmula vinculante, ao estabelecer uma vinculação dos demais órgãos ao entendimento do tribunal, deságua inevitavelmente em um monólogo da corte suprema, que suprime a polivocalidade e a divergência e que, por isso, opera de forma semelhante ao princípio monológico da teoria do direito solipsista de Dworkin, que, como vimos, é incompatível com o modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, o qual pressupõe a formação horizontal da vontade pública por via comunicativa.

Conforme já apontado, o direito, no paradigma procedimentalista, deve funcionar como *medium*, como meio de integração social que viabilize a autocompreensão de uma comunidade solidária. Neste sentido, vimos justamente que, nas sociedades complexas, as relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito.

A teoria da argumentação jurídica deve, no paradigma procedimentalista, como já explicamos, assumir o fardo das exigências ideais atribuídas por Dworkin ao seu juiz Hércules e, assim, a necessidade de legitimação do direito deve ser suprida pelo agir comunicativo orientado à aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos (horizontalização do processo de tomada de decisões) e não pelas habilidades sobre-humanas de um juiz ou de um corpo especializado de 11 juízes de forma solitária (verticalização das decisões). A aproximação entre o colegiado da Corte Constitucional brasileira e o juiz Hércules dworkiano enquanto modelo ideal de julgador solitário não é, pois, mera coincidência.

O diálogo político deve operar-se de forma contínua e ininterrupta, fazendo jus à facticidade inerente ao exercício do poder constituinte. E exatamente por isso, Habermas aponta que não há um fim “natural” no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais e que para se apagar esse derradeiro momento de facticidade, é preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático, mas sim através de uma qualquer idealização.

O sistema fechado de normas do modelo positivista, sob a égide do paradigma liberal do direito, operou uma tal ficção metafísica, e, da mesma forma, tal idealização heterônoma e transcendente pode ocorrer por meio de uma aproximação da cadeia de argumentos (infinita e ininterrupta por natureza) de um valor limite ideal, que pode muito bem ser o entendimento sumulado com efeito vinculante pela Corte Constitucional em exercício de um monopólio interpretativo (juiz Hércules). Desta forma, a súmula vinculante faz as vezes de uma *final opinion* que captura o diálogo de sua imanência natural, fechando, através de uma intervenção autoritária, as comportas que retroalimentam o sistema pelo mundo da vida.

Tal operação, por sua vez, acarreta uma separação absoluta entre Estado e sociedade civil e um aprisionamento da política no primeiro. Eis o nosso segundo ponto de atrito entre o instituto das súmulas e a teoria habermasiana: as súmulas só podem operar dentro de uma visão concretista similar à do paradigma liberal do direito, onde o foco da política reside tão somente no Estado.

Ao invés da ênfase no ancoradouro da política simultaneamente no Estado e na sociedade civil[79], no sistema e no mundo da vida, que retroalimenta o primeiro pelo agir (poder) comunicativo[80], que, quando ocorrido segundo processos democráticos de formação da opinião e da vontade no espaço público político, se transforma em poder administrativo pelo *medium* do direito[81], as súmulas vinculantes permitem a supressão da dimensão de solidariedade, pela supressão da autonomia pública da sociedade civil politizada e pela conseqüente neutralização do espaço público político.

Isto tudo aproxima as súmulas de um mecanismo próprio de uma alternativa neoliberal, e não de uma alternativa procedimentalista. Com o aprisionamento da política no Estado de direito, as pessoas são concebidas, tal qual o eram no liberalismo clássico, apenas com *status* negativo, o que se torna evidente pela utilização do termo massa^[82] quando da referência à sociedade civil. A autonomia política pública e a possibilidade de uma auto-organização democrática de uma sociedade civil politizada são descartadas por uma visão de mundo como esta, implícita no instituto das súmulas vinculantes.

Conforme já abordamos na exposição acerca do paradigma procedimentalista do direito, um dos elementos deste paradigma jurídico é a teoria da sociedade fundada na comunicação e segundo este postulado, o sistema político estruturado nos moldes do Estado de direito é apenas um sistema de ação entre outros, inserido no mundo da vida por meio de uma esfera pública que se ancora em uma sociedade civil. Esta concepção de política viabiliza a supressão da separação absoluta entre Estado e sociedade (axioma do paradigma liberal e neoliberal), e do conseqüente encerramento da política no Estado operado por ela. Já a concepção implícita no mecanismo das súmulas opera justamente o contrário: o retorno à separação e à autonomização do Estado, que se descola do social, em detrimento da autonomia da sociedade civil.

O paradigma procedimentalista traz uma dimensão de sociabilidade ou solidariedade social pela prática da autodeterminação comunicativa enquanto processo intersubjetivo de exercício da autonomia pública e privada. Nele, a sociedade civil e a esfera pública política adquirem posição de destaque no processo democrático, modificando-se a concepção de uma sociedade civil com *status* somente negativo apartada por completo de um Estado limitado ativa e autônoma politicamente. É este o quadro político e social de democracia deliberativa que o procedimento das súmulas vinculantes inviabiliza.

Quanto ao papel da jurisdição constitucional, o paradigma procedimentalista concebe que o tribunal supremo promova a interpretação construtiva, mas restringe este ativismo pelo dever de respeito e de promoção de uma política deliberativa (vide item 3). Esta admissão de uma postura ativa do tribunal ocorre, como já apontamos, por conta da indeterminação do direito operada pela sua materialização e o seu limite reside na liberdade positiva dos cidadãos.

O ativismo da corte constitucional, portanto, é limitado, sob a ótica do paradigma procedimentalista do direito e do modelo deliberativo de democracia, pela autonomia pública dos cidadãos que, enquanto titulares de uma esfera pública jurídica politizada, fazem parte de uma coletividade deliberativa, de uma sociedade jurídica que se organiza a si mesma através intersubjetividade do agir comunicativo.

Já esclarecemos que, assim como no modelo liberal, o limite entre Estado e sociedade permanece respeitado no modelo procedimentalista de democracia,

mas não mais se configura como um esquema de compartimentos totalmente fechados, posto que sociedade civil opera como fonte de legitimação democrática enquanto fundamento social das opiniões públicas autônomas. Os papéis centrais desempenhados pela sociedade civil e pela esfera pública política no modelo procedimentalista de democracia habermasiano denotam tal concepção. E é por tudo isso que o paradigma procedimentalista, baseado na teoria do discurso, apesar de conceber o papel ativo do tribunal constitucional, pela necessária reinterpretação do princípio da separação de poderes, ao mesmo tempo restringe este ativismo pela exigência de legitimação racional das decisões da corte pela gênese democrática do direito.

Este fortalecimento do papel da cidadania, da sociedade civil e da formação da opinião e da vontade por meio do agir comunicativo com o entrelaçamento entre mundo da vida e sistema, entre autonomia privada e pública, entre soberania popular institucionalizada e não institucionalizada, impede o ativismo judicial pleno porque isto significaria uma absorção do mundo da vida pelo sistema, pela (re)construção (ilegítima) de um direito ilegítimo, de gênese não democrática. Desta forma, o *empowerment* das pessoas privadas impede um paternalismo do tribunal constitucional de todo inadequado com o modelo deliberativo de democracia.

O que Habermas rejeita é o paternalismo do tribunal constitucional porque o paradigma procedimentalista, apoiado na teoria do discurso, entende a política deliberativa como constitutiva e, portanto, exercitada de forma contínua e permanente, como modo normal/regular do exercício do poder constituinte e não como um estado de exceção, como concebe o republicanismo, atrelado à concepção ética da autonomia do cidadão, que leva à necessidade de um “lugar-tenente pedagógico”, a atuar como regente durante o tempo em que o povo soberano se concentra no seu modo normal de privatismo cidadão.

Disto resulta que legitimação da jurisdição constitucional não depende da latência da política deliberativa de cunho popular, a qual substituiria em sua autodeterminação, como um regente substitui um sucessor menor de idade. A legitimação do tribunal constitucional, ao contrário, depende da efetivação e da manutenção da política deliberativa, para cuja proteção existe, enquanto guardião dos direitos fundamentais garantidores da autonomia política dos cidadãos e da gênese democrática do direito, que pode, portanto, atuar no máximo como um tutor que vela pelo implemento das condições possibilitadoras de um tal processo.

Justamente pela função do tribunal constitucional consistir na proteção da política deliberativa pela garantia de suas bases de funcionamento, das condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, enquanto fonte de racionalidade e de legitimação democrática, o tribunal constitucional tem o dever de garantir a prática da autodeterminação deliberativa a desenvolver-se nos

fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação da opinião e da vontade nos círculos informais da comunicação política.

Neste sentido, a Corte suprema deve buscar constantemente a inclusão das vozes ausentes, a efetivação da democracia pela amplitude crescente do espectro de intérpretes da constituição. O STF, ao elaborar súmulas monologicamente, e impor seu entendimento de forma *erga omnes* descumpra precisamente este dever de promoção da democracia deliberativa, na medida em que não promove a autonomia política dos cidadãos e nem a inclusão dialógica, mas, ao contrário, cria direito independente de uma base de legitimação democrática, atua como regente e concebe a sociedade como um sucessor menor de idade. Seu paternalismo fere flagrantemente, pois, o papel atribuído à jurisdição constitucional pela teoria habermasiana.

Em nome da celeridade e do eficientismo na administração da justiça, com a simplificação do processo decisório pela centralização da tarefa interpretativa na corte constitucional, o papel da sociedade civil é claramente desprestigiado, bem como desprestigiada fica a concepção da cidadania jurídica como entrelaçamento da autonomia privada com a pública. A massa que necessita do paternalismo pela centralização decisória não é, portanto, concebida como uma esfera pública jurídica politizada, como uma cidadania com poder de auto-organização que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição”.

O ativismo judicial do STF, através do mecanismo das súmulas vinculantes, ultrapassa escandalosamente as amarras e restrições do paradigma procedimentalista. É verdade que a atividade interpretativa não mais se coaduna com a função mecânica de aplicação pura e simples da lei, visto que a materialização do direito operada pelo paradigma do Estado social exige uma interpretação construtivista do direito vigente, mas isso de forma alguma significa que o intérprete possa criar direito novo sem qualquer base de legitimidade democrática, partindo tão somente de uma compreensão semântica da textura aberta da norma. Isto é poder discricionário em sentido forte tal qual o admitido pelo positivismo jurídico.

Uma vez que a legitimidade do direito para o paradigma procedimentalista reside, portanto, na formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos livres e iguais, pela democracia deliberativa do agir comunicativo da comunidade aberta dos intérpretes da constituição, conforme o princípio D, os enunciados sumulados somente podem ser tidos como direito ilegítimo. A gênese democrática do direito exige diálogo e participação inclusiva de intérpretes, o que por óbvio não é promovido pelo mecanismo da súmula.

A teoria habermasiana objetiva a maior racionalidade e legitimação do direito pela ampliação do número de intérpretes da constituição, objetivo este que,

inclusive, o tribunal constitucional, segundo o paradigma procedimentalista, deve garantir enquanto guardião das condições do procedimento democrático. O STF ao editar súmulas vinculantes não cumpre sua função democratizante e o direito que cria, pois, carece de legitimidade por carecer de base democrática.

O último ponto a ser abordado funciona como síntese e conclusão deste trabalho, já que todas as incompatibilidades entre o instituto das súmulas vinculantes e o modelo procedimentalista de democracia podem ser reconduzidas a uma única constatação: o mecanismo das súmulas vinculantes está em conformidade com o escopo geral da chamada reforma do judiciário operada pela EC 45, qual seja, o de privilegiar a segurança jurídica em detrimento da democracia.

A deliberação democrática com o fortalecimento da racionalidade da jurisdição, oriunda da aceitabilidade racional, fica prejudicada com o recurso das súmulas vinculantes, devido à super valorização da segurança jurídica que este opera ao conferir um monopólio interpretativo ao STF. Por todo o argumentado ate aqui, inferimos que o mecanismo da súmula vinculante opera com a tensão entre facticidade e validade, mas não elaborando-a como faz o paradigma procedimentalista, mas suprimindo a facticidade em prol da validade, através de uma idealização semelhante àquela que o modelo liberal, por meio da ficção do sistema, sustentou.

As súmulas vinculantes só podem existir em um modelo que privilegie as características do modelo liberal em detrimento das do republicano, ao invés de sintetizar os melhores aspectos de cada um como faz o modelo procedimentalista. A tomada de posição pela manutenção do compromisso com o Estado social, e pela conseqüente rejeição à proposta neoliberal, faz com que o modelo procedimentalista conceba a relação entre Estado e sociedade civil de forma reflexiva com o deslocamento do foco concretista que encarcera o direito e a política no Estado para uma compreensão reflexiva do direito e da política alocada também na sociedade civil politizada e autônoma privada e publicamente. Por fazer justamente o contrário, podemos concluir que o mecanismo das súmulas está comprometido com uma proposta neoliberal e afastado, por isso, do modelo procedimentalista de democracia.

Visto que a democracia deliberativa depende da conservação de um momento de facticidade, de imanência e de soberania popular (institucionalizada e não institucionalizada), no sentido da autonomia dos cidadãos politizados, que em um diálogo ininterrupto participam dos discursos racionais que visam conferir legitimidade através do assentimento racional de todos os possíveis atingidos pelas normas (Princípio D), a super valorização do princípio da segurança jurídica, da legalidade e da validade ocorre em prejuízo da legitimidade democrática da formação da vontade pública por via comunicativa, e, portanto, da democracia.

A super valorização da validade suprime justamente este momento de facticidade, de gênese democrática da direito, de autonomia, transitividade e imanência e esta operação de aprisionamento da democracia em prol da segurança pode ser melhor compreendida à luz dos objetivos que estiveram por traz da emenda 45. Como já reproduzido em tópico anterior, Claudio Baldino Maciel analisou criticamente a reforma do judiciário, sob o ponto de vista da globalização e do neoliberalismo, e concluiu que esta foi parte de um fenômeno mais amplo que vem ocorrendo na maior parte dos países em desenvolvimento, nos quais o poder Executivo vem ampliando cada vez mais a sua atuação em detrimento dos demais Poderes.

Segundo ele, o documento do Banco Mundial “O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma” (produzido nos Estados Unidos em meados de 1996) prevê a necessidade de reformas nos poderes Judiciários da América Latina e do Caribe para “quebrar a natureza monopolística do Judiciário, melhor garantir o direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado”.

Portanto, a reforma seria parte de um projeto global que visa fragilizar a expressão institucional do Poder Judiciário, que passaria a ter uma atuação menos contundente enquanto garantidor dos direitos e liberdades, permitindo o trânsito livre de percalços para o capital internacional, para o qual um ambiente favorável e, principalmente, previsível mostra-se essencial em termos de desenvolvimento.

Pode parecer um contra-senso porque afinal o poder do STF foi estupidamente aumentado, mas na realidade o que não falta é lógica, posto que o fortalecimento da cúpula ocorreu em detrimento do restante do poder judiciário, com a limitação aguda da independência funcional dos magistrados pela exigência de obediência ao supremo pai-tribunal. Basta lembrarmos que os ministros do STF, longe de alçarem ao cargo por meio do mecanismo democrático do concurso público de provas e títulos, são indicados pelo chefe do poder Executivo, pelo que a corte é um órgão mais político que jurídico e mais afeito ao poder executivo que ao judiciário.

Somente um juiz independente será verdadeiramente capaz de agir com imparcialidade na formação de sua livre convicção. Apenas um juiz independente pode exercer a função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais, que, conforme já apontamos, é precisamente a posição do juiz dentro do Estado Democrático de Direito.[\[83\]](#)

Os juízes, portanto, após a reforma do Judiciário trazida pela Emenda 45, possuem “salvo-conduto”, protegidos pela vinculação normativa às decisões do Pretório Excelso determinada pelo mecanismo das súmulas vinculantes, para seguirem cegamente o *pai-tribunal*, expediente que inclusive facilita o exercício da função por aqueles juízes mais inseguros[\[84\]](#), mas que, em todos os casos reduz

sensivelmente a independência do intérprete e que, no conjunto, frustra o ideal democrático da “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”.

O que se observa, em última análise, é que o pensamento dos Tribunais se dogmatiza e substitui inclusive a lei e, como consequência, tolhe em definitivo a criatividade do operador jurídico.

6. Conclusões Finais

“Quando uma decisão vale porque proferida por este ou aquele tribunal, e não porque é uma boa decisão, passa-se a ser um mero repetidor acrítico e autofágico[85], impedindo qualquer espécie de evolução.” [86]

É possível concluir que a decisão final e vinculativa do STF representa um engessamento da dinâmica transitiva do mundo da vida, posto que o Tribunal, em seu monopólio interpretativo, opera uma heteronomia que acaba por neutralizar a autonomia pública dos cidadãos e diminuir o espectro de intérpretes da Constituição.

Referida heteronomia, inclusive, resvala na neutralização não apenas do agir comunicativo não institucionalizado, da sociedade civil, mas também na neutralização da autonomia dos demais integrantes do poder Judiciário e do protagonismo dos demais poderes da República, haja vista o monopólio do Tribunal na conferência de sentido às normas legislativas, com exigência de obediência por parte da Administração.

As súmulas vinculantes tornam o sistema jurídico fechado e auto-referencial, o que se agrava pelo fato de que o poder de aprovação, revisão e cancelamento das súmulas está concentrado nas mãos do próprio STF com a exigência adicional de quorum qualificado de dois terços dos ministros da Corte. Não devemos esquecer, ademais, da possibilidade de reclamação ao STF por desobediência às súmulas vinculantes, o que transmite uma idéia de subordinação inaceitável em um modelo político verdadeiramente deliberativo.

A opção pela segurança jurídica e pela validade em detrimento da facticidade e da democracia é inegável. A concentração do poder na cúpula do Judiciário configura, pois, um autoritarismo incompatível com um verdadeiro regime de democracia deliberativa. Na tensão entre facticidade e validade, poder constituinte e poder constituído, as súmulas não apenas representam uma nítida opção pela validade e pelo poder constituído, mas, mais do que isso, uma verdadeira tentativa de suprimir, através de um sistema de revisão judicial super forte[87], a dimensão de facticidade, de constituição do real, de exercício da democracia.

7. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 388 p.

BENHABIB, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*. In: *Habermas and the Public Sphere*. Ed. Craig Calhoun. Cambridge: MIT Press, 1992. 512 p.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 270 p.

FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: *Habermas and the Public Sphere*. Ed. Craig Calhoun. Cambridge: MIT Press, 1992. 512 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 390 p.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 352 p.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 663 p.

MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000 (ano 4, n. 8).

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009. p. 339 p.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. 312 p.

[1] “As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado

constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras Duvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio *monológico*. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras (...) Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção Teórica empreendida monologicamente. Dworkin, imitando Parsons, entende o direito como meio de integração social, mais precisamente, como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma por demais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mutuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito (...) Entretanto, é Possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de Ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 276-278.

[2] “A crítica à teoria do direito solipsista de Dworkin tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma *teoria da argumentação jurídica*, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules.” Ibid. p. 280.

[3] “A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma

fundamentação que se desenrola argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são “cogentes” no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o conteúdo de premissas), ou de uma evidencia imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável). Por isso, não há um fim “natural” no encadeamento dos Possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir *a fortiori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão “acordo racionalmente motivado” pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de “mover”, num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, será preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente – como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de uma valor-limite ideal – daquele ponto de fuga que Peirce caracterizava como “final opinion”. Ibid. p. 282.

[4] “D: São válidas as normas de Ação às quais todos os Possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. Ibid. p. 142.

[5] “Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa Idealização, por sua vez, provém de um *estreitamento ético de discursos políticos*, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista. Ibid. p. 347.

[6] “Se a decisão de um caso à luz de uma norma superior significa que um sistema de normas válidas é esgotado da melhor maneira Possível, tendo-se em conta todas as circunstancias relevantes; e, se esse sistema se encontra em constante movimento, porque as relações preferenciais podem modificar-se com cada nova situação que surge: então, a orientação por um ideal tão pretensioso irá sobrecarregar, via de regra, uma jurisdição profissionalizada. Por isso, a complexidade dessa tarefa é, de fato, reduzida através da *compreensão jurídica paradigmática* que prevalece num

determinado contexto. No lugar dos ideais, entram paradigmas, “nos quais normas, que temos como válidas aqui e agora, foram trazidas para uma ordem transitiva. Dado que tal ordem pode ser construída sem relação com possíveis situações de aplicação, esses paradigmas contêm descrições generalizadas de situações de um determinado tipo (...) Juntamente com outro saber de orientação cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos”. Exemplos históricos de tais ideologias do direito são os modelos sociais do direito formal burguês e do direito materializado pelo Estado socialista, que se cristalizaram, no primeiro caso, em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e, no segundo caso, em torno das pretensões a realizações sociais de clientes de funcionários de um Estado de beneficência social. Tais paradigmas aliviam Hercules da super complexa tarefa de colocar “a olho” uma quantidade desordenada de princípios *aplicáveis* somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais parceiros do direito.” Ibid. p. 274-275.

[7] Ibid. p. 242.

[8] “Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas (...) Paradigmas “fechados”, que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrario da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminadas no interior de um paradigma jurídico *fixo*; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comprovem* na pluralidade de interpretações da situação.” Ibid. p. 276.

[9] “Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja Possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal

modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria.” Ibid. p. 263.

[10] “Dworkin caracteriza se procedimento hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referencia a um paradigma ou a um fim (...) Como auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta “ indeterminação do direito”, apoiando sua fundamentação numa “teoria”. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.” Ibid. p. 260-261.

[11] “Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da “única decisão correta” não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito , atribuída a Hércules, teria que ser revista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.” Ibid. p. 282.

[12] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 129-132.

[13] “O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” *exercitando-os*. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas *produzidas legitimamente*. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercida em comum, na medida em que participam da prática de legislação. O paradigma do direito liberal e o do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos.” Ibid. p. 159.

[14] “Um ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-origenárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada.” Ibid. p. 147.

[15] “A atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação de poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a consequências jurídicas claramente definidas, tinha sido concebida em função desses casos; pois o sentido da ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração (...) O leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a “indeterminação do direito”, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã.” Ibid. p. 173-174.

[16] “É certo que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente. Mesmo assim, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com grande acuidade, não constituem razão suficiente para a restauração do antigo. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 312.

[17] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

[18] “Além do mais, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a

qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo *demasiado concretista*, *ocultando* a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso.” Ibid. p. 181-182.

[19] Ibid. p. 181.

[20] Ibid. p. 183. Ainda: “E, para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*.” Ibid. p. 185.

[21] O conceito de soberania popular para o modelo procedimentalista, em decorrência da teoria do discurso, reside no povo, mas não da forma concretista concebida pelo modelo republicano, mas na comunidade jurídica que se auto-organiza absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito (uma sociedade descentrada, portanto). Neste sentido: “Para quem adota a premissa questionável de um conceito de Estado e de sociedade delineado a partir do todo e de suas partes – onde o todo é constituído pela cidadania soberana ou por uma constituição – o republicanismo e o liberalismo constituem alternativas completamente opostas. Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade. Se prescindirmos dos conceitos oriundos da filosofia do sujeito, a soberania não precisa concentrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato das competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da racionalidade. Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 24. Desta forma, o conceito de soberania popular permanece no modelo procedimentalista, mas passa a ser interpretado de modo intersubjetivista (dimensão de sociabilidade ou solidariedade social pela prática da autodeterminação comunicativa enquanto processo intersubjetivo de exercício da autonomia pública e privada). Isto porque, como já mencionamos, o núcleo do paradigma procedimentalista reside na “combinação universal e mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada” enquanto chave para o entendimento da gênese democrática do direito, pelo que o substrato social necessário à realização do sistema de direitos

é formado pelos fluxos comunicacionais e influências públicas que emergem da sociedade civil e da esfera pública política transmutados em poder comunicativo pelos processos democráticos. A soberania do povo passa a residir, pois, no anonimato dos processos democráticos e faz-se valer como poder produzido comunicativamente através destes processos com a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos. Enfim, é através dos processos democráticos que a opinião pública se converte em poder comunicativo, que tanto autoriza o legislador quanto legitima a administração reguladora e impõe “obrigações de fundamentação mais rigorosa a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito”. Isto tudo porque, como já afirmado, as expectativas de racionalização e legitimação do direito (pela aceitabilidade racional) adequadas às democracias contemporâneas se localizam nas formas de comunicação, enquanto estruturas abstratas de reconhecimento mútuo.

[22] “O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chagara a tematizar como “sistema das necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, de organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.” Ibid. p. 99.

[23] O conceito discursivo de esfera pública é cunhado por Habermas para dar conta da superação do círculo de comunicação fechado em si mesmo no qual o sistema político se transformou sob o prisma da teoria dos sistemas. A esfera pública, segundo o modelo discursivo, pode ser entendida como uma rede de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis, que filtra os fluxos comunicacionais e os condensa em opiniões públicas e que se reproduz por via do agir comunicativo, pelo que “está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 92. Seyla Benhabib explicitamente nomeia o modelo habermasiano de espaço público ou esfera pública discursiva: “The final model of public space is the one implicit in Jürgen Habermas’s work. This model, which envisages a democratic-socialist restructuring of late-capitalist societies, will be named

“discursive public space.” BENHABIB, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*. In: *Habermas and the Public Sphere*. Ed. Craig Calhoun. Cambridge: MIT Press, 1992. Ainda acerca do conceito de esfera pública na teoria habermasiana: “O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem (...) Para preencher sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que formar a partir dos contextos comunicacionais das *peças virtualmente atingidas*. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas. E, em suas vozes díspares e variadas, ecoam experiências biográficas causadas pelos custos externalizados (e pelas disfunções internas) dos sistemas de ação funcionalmente especializados – causadas também pelo parêntese do Estado, de cuja regulação dependem os sistemas de funções sociais, que são complexos e insuficientemente coordenados. Sobrecargas deste tipo acumulam-se no mundo da vida. No entanto, este dispõe de antenas adequadas, pois, em seu horizonte, se entrelaçam as biografias privadas dos “usuários” dos sistemas de prestações que eventualmente fracassam. Os envolvidos são os únicos a beneficiar-se dessas prestações na forma de “valores de uso”. Afora a religião, a arte e a literatura, somente as esferas da vida “privada” dispõem de uma linguagem existencial, na qual é possível *equilibrar, em nível de uma história de vida*, os problemas gerados pela sociedade. Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida. E, a medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública “literária”, especializada na articulação e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política. Há uma união pessoal entre os *cidadãos do Estado*, enquanto titulares da esfera pública política, e os *membros da sociedade*, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc. – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo “privado”, isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na

prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distancias.” Ibid. p. 93-98.

[24] Ibid. p. 186-187.

[25] “Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos.” Ibid. p. 146.

[26] “O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser “formal”, no sentido de “vazio” ou “pobre de conteúdo”. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referencia extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa. O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstancias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.” Ibid. p. 189-190.

[27] “Uma autonomia privada assegurada serve como “garantia para a emergência” da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como “garantia para a emergência” da privada. Esse complexo circular manifesta-se também na gênese do direito vigente. Pois o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida através de instituições da sociedade civil. Tal concepção de sociedade faz com que o fardo das expectativas normativas se desloque do nível das qualidades, competências e espaços da ação de *atores*, para o nível das *formas de comunicação*, no qual se desenrola o jogo da formação informal e não institucionalizada da opinião e da vontade. O jogo de gangorra entre os sujeitos de ação privados e estatais é substituído pelas formas de comunicação mais ou menos intactas das

esferas privadas e públicas do mundo da vida, de um lado, e pelo sistema político de outro lado.” Ibid. p. 146.

[28] ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009. p. 105.

[29] “A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 280.

[30] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 21.

[31] ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009. p. 106.

[32] “A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático. Na concepção “liberal”, esse processo cumpre a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturado segundo leis de mercado. Segundo a concepção “republicana”, a política não se confunde com essa função mediadora; mais do que isso, ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o *medium* em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante. Ao lado da instância hierárquica reguladora do papel soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesses próprios, surge

também a *solidariedade* como *terceira fonte* de integração social (...) De acordo com a concepção republicana, o *status* dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, que elas podem reivindicar *como pessoas em particular*. Os direitos de cidadania, direitos de participação e comunicação política são, em primeira linha, direitos positivos (...) Segundo a concepção republicana, a formação da opinião e vontade política em meio à opinião pública e no parlamento não obedece às estruturas de processos de mercado, mas às renitentes estruturas de uma comunicação pública orientada ao entendimento mútuo. Para a política no sentido de uma práxis de autodeterminação por parte dos cidadãos do Estado, o paradigma não é o mercado, mas sim a interlocução.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 269-276.

[33] “This emphasis on political participation and the widest-reaching democratization of decision-making processes is one that Jürgen Habermas’s critical theory shares with the tradition usually referred to as that of republican or civic virtue. The crucial distinction between the participatory vision of contemporary critical theory and that of the tradition of civic virtues that thinkers of the latter tradition more often than not have formulated their views of participatory politics with Express hostility toward the institutions of modern civil society, like the market. Virtue and commerce are thought to be antithetical principles. Participatory politics is considered possible either for a land-based gentry with civic virtue or for citizens of the Greek polis, but not for complex, modern societies with their highly differentiated spheres of the economy, law, politics, civil and family life. In this broader context the meaning of participation is altered. The exclusive focus on political participation is shifted toward a more inclusively understood concept of discursive will formation. Participation is seen not as an activity only possible in a narrowly defined political realm but as an activity that can be realized in the social and cultural spheres as well (...) This conception of participation, which emphasizes the determination of norms of action through the practical debate of all affected by them, has the distinct advantage over the republican or civic-virtue conception the it articulates a vision of political true to the realities of complex, modern societies.” BENVABIB, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*. In: *Habermas and the Public Sphere*. Ed. Craig Calhoun. Cambridge: MIT Press, 1992.

[34] Ibid. p. 276.

[35] Ibid. p. 278.

[36] “modelo republicano. Diversamente, para o modelo republicano a política seria elemento constitutivo do processo social em seu conjunto e o mecanismo de integração social, a solidariedade. A participação em uma prática comum configuraria o *status* de cidadão através do exercício das

chamadas liberdades positivas, entre as quais merecem relevo os direitos de participação e comunicação na vida política. Nessa concepção de democracia o Estado é concebido como uma comunidade ética.” ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: Jürgen Habermas, *80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009. p. 105.

[37] “Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação.” Ibid. p. 280-281.

[38] “...any conception of the public sphere that requires a sharp separation between (associational) civil society and the state will be unable to imagine the forms of self-management, interpublic coordination, and political accountability that are essential to a democratic and egalitarian society. The bourgeois conception of the public sphere, therefore, is not adequate for contemporary critical theory.” FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: *Habermas and the Public Sphere*. Ed. Craig Calhoun. Cambridge: MIT Press, 1992.

[39] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 281.

[40] “Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. Racionalização significa mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe, de uma maneira ou de outra. Apesar disso, o poder político só pode “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem um rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que simulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos

democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais.” Ibid. p. 282.

[41] ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009. p. 106.

[42] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 183-184.

[43] “A atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação de poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a consequências jurídicas claramente definidas, tinha sido concebida em função desses casos; pois o sentido da ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração (...) O leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a “indeterminação do direito”, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã.” Ibid. p. 173-174.

[44] “É certo que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente. Mesmo assim, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com grande acuidade, não constituem razão suficiente para a restauração do antigo. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 312.

[45] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

[46] “Além do mais, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a

qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo *demasiado concretista*, *ocultando* a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso.” Ibid. p. 181-182.

[47] “Pouco importa o modo com as questões da institucionalização judicial da divisão de poderes são avaliadas: não é necessário e nem Possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual, “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito” (...) E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo, necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não ode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrario, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas).” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325-326. Ainda sobre a modificação da concepção de Constituição: “Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 33.

[48] “Podemos discutir a formulação e os parâmetros destes e de outros diagnósticos da crise. Em qualquer caso, eles levantam tendências de crise existentes no Estado de direito, as quais impedem evasivas, ou o retorno puro e simples à concepção liberal do Estado de direito. Porém o raciocínio, segundo o qual a complexidade das novas tarefas de regulação ultrapassa o *medium* do direito enquanto tal, não é conclusivo. Pois a força de integração social do direito só seria superada estruturalmente, caso a crise do Estado de direito se revelasse sem saída. No meu entender, os que sugerem que ela é sem saída têm uma compreensão preconcebida do direito, fixada na atividade do Estado.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 178.

[49] “... o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo *demasiado concretista*, *ocultando* a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso.” Ibid. p. 181-182.

[50] Ibid. p. 182.

[51] “A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui defendida é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!). Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30-31. Ainda: “A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.” Ibid. p. 40.

[52] “A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição”-, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 347.

[53] “As características excepcionais do processo democrático, delineado normativamente, esclarecem-se pelo fato de Michelman e outros “comunitaristas” não entenderem a cidadania ou “citizenship” de modo jurídico, e sim ético. Segundo esta interpretação clássica, na esfera pública política, os cidadãos procuram aquilo que para eles é o melhor, enquanto

coletividade. Seguindo uma linha romântica, Michelman transforma a tendência ao bem coletivo numa apropriação hermenêutica de “tradições constitutivas”. Somente a pertença a uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente e a conscientização sobre um complexo cultural prévio esclarecem por que os cidadãos podem alcançar um consenso em geral sobre a solução de problemas que se apresentam – e sobre medidas para aquilo que pode valer respectivamente como “melhor” solução.” Ibid. p. 346.

[54] Ibid. p. 345.

[55] “Num contexto análogo, Bruce Ackerman reage a essa tensão externa entre facticidade e validade, introduzindo a *Supreme Court* como mediadora entre o ideal e a realidade. Ele propõe que interpretemos o vaivém das inovações políticas, seguindo o modelo kuhiano do desenvolvimento da ciência. Do mesmo modo que os quefazeres “normais” da ciência só são interrompidos raramente por “revoluções” que permitem introduzir novos paradigmas, assim também o andar normal do empreendimento político autonomizado burocraticamente: ele corresponde à descrição liberal de uma luta pelo poder, conduzida estrategicamente e dirigida pelo interesse próprio. Somente quando a história se torna quente, ou seja, em “momentos de uma excitação política constitucional”, “o povo” saiu da normalidade de seu privatismo cidadão, apropria-se da política que lhe é burocraticamente estranha e cria provisoriamente – como na era do *New Deal* – uma base de legitimação não prevista para inovações que apontam para o futuro. Esse modo vitalista de interpretar a autodeterminação democrática coloca a vontade popular, durante muito tempo latente, numa oposição à legislação institucionalizada dos representantes por ele eleitos. Durante esses intervalos, os juízes do Tribunal Constitucional Federal, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congeladas nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo. Como lugar-tenente republicano das liberdades positivas que os próprios cidadãos, enquanto portadores nomeados dessas liberdades, não podem exercer, o tribunal constitucional termina reassumindo o papel paternalista.” Ibid. p. 344.

[56] “O interessante é que o republicanismo, ao contrario do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do auto-controle judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. E essa imputação de virtude coloca o processo democrático, do modo como ele se desenvolve realmente nas democracias de massa do Estado social, na luz pálida de uma política instrumentalisticamente desvirtuada, “decaída”. Ibid. p. 343.

[57] Ibid. p. 326.

[58] “Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político.” Ibid. p. 343.

[59] “Se agudizarmos “republicanamente” nossa sensibilidade, em relação aos componentes deliberativos do processo de legislação envolvidos na questão da legitimidade da jurisprudência constitucional, poderemos formular de modo mais específico a proposta procedimentalista de Ely. A compreensão republicana da política lembra o nexos interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política.” Ibid. p. 340.

[60] “Com relação à tarefa do controle abstrato de normas, Frank I. Michelman parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo – como origem de todas as autorizações de normatização – no quadro de uma compreensão procedimental de constituição (...) Todavia, o uso enfático do adjetivo “republicano” traz uma delimitação em relação à compreensão de democracia de Ely.”

[61] “Contra-pondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção.” Ibid. p. 345.

[62] “E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.” Ibid. p. 345-346.

[63] “Foi assim que o STF pôde editar súmulas vinculantes para declarar a invalidade de práticas como o uso de algemas e o nepotismo, considerando-as incompatíveis com o sentido atribuído a princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a moralidade administrativa, respectivamente.” BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 82.

[64] “Ainda em relação ao objeto, veja-se que a súmula vinculante não se limita a ser um mecanismo para conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, embora seja essa uma das aplicações possíveis do instituto. Mais do que isso, as súmulas permitem que o STF estabeleça uma determinada tese jurídica, cristalizando as razões de decidir adotadas pela Corte (*ratio decidendi*) em um enunciado dotado de eficácia geral. Não por acaso, também decisões produzidas em controle abstrato podem dar origem à edição de súmulas vinculantes. Na prática, os enunciados poderão ter objeto mais ou menos amplo de acordo com a redação que venha a ser aprovada pelo STF, variando desde uma afirmação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo infraconstitucional até a definição da interpretação adequada de um artigo da própria Constituição.” Ibid. p. 83.

[65] “Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de co-participante do processo de criação do direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento. Por esse motivo, boa parte da doutrina contemporânea tem sustentado a distinção entre enunciado normativo – isto é, o texto, o relato abstrato contido no dispositivo – e a norma, entendida como o produto da aplicação do enunciado a uma situação concreta.” Ibid. p. 81.

[66] Ibid. p. 80.

[67] Neste sentido, há uma nítida opção pela segurança jurídica em detrimento da democracia enquanto liberdade participativa por via comunicativa: “Apesar da pluralidade de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno, e não se deve aceitar como plenamente natural que ele produza manifestações incompatíveis entre si. No caso das decisões judiciais, torna-se ainda mais importante que haja a maior uniformidade possível, na medida em que elas constituem atos de aplicação do Direito, e não opções discricionárias.” Ibid. p. 82. Data vênua,

a discricionariedade reside na supressão das divergências, no calar das vozes díspares, na supressão da pluralidade em prol de uma uniformidade ficta e imposta de cima para baixo. Heteronomia e descolamento do mundo da vida. O foco no Estado e a concentração do poder nos 11 magistrados da corte operam justamente suprimindo o momento de facticidade e não elaborando a tensão entre facticidade e validade. Isto não é natural. Isto não é democrático.

[68] “O quórum qualificado contribui para a legitimidade da vinculação imposta, além de promover segurança jurídica, atestando a estabilidade do entendimento sumulado.” Ibid. p. 84.

[69] “Embora a exigência constitucional de reiteração não possa ser desprezada, cabe ao próprio STF avaliar em que momento determinada questão encontra-se madura para ser sumulada” Ibid. p. 84-85. Ainda, em nota de pé de página: “O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a sugerir, *obiter dictum*, que seriam necessárias “pelo menos umas três decisões, com relatório lido”. V. STF, DJU, 9 dez. 2005, CC 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto. Uma das críticas públicas a súmulas vinculantes como a do uso de algemas ou a do nepotismo foi, precisamente a escassez de precedentes necessários a preencher o requisito constitucional de “reiteradas decisões”.

[70] Grifo nosso. “O que a súmula faz é tentar produzir, já nas instancias ordinárias, a observância desse entendimento, promovendo valores como isonomia e eficiência na prestação jurisdicional. Respeitando-se essa exigência – correspondência fiel entre o enunciado sumular e o conteúdo decisório dos julgados de origem -, a edição de súmula vinculante não caracterizará usurpação da função legislativa.” Ibid. p. 86

[71] “A despeito da importância da reclamação na hipótese, a verdade é que o mecanismo pressupõe a observância espontânea das súmulas na generalidade dos casos. Sem isso, o STF logo se veria soterrado sob um novo tipo de avalanche, agora composta por milhares de reclamações.” Ibid. p. 87. De fato, a intenção de impor respeito (silêncio) é incontestável.

[72] “A independência do Judiciário, por outro lado, é a segurança das próprias prerrogativas de função dos exercentes dos demais poderes, sendo conceitualmente indispensável ao funcionamento das instituições republicanas. E assim o é singelamente porque ao Judiciário cabe a defesa do sistema constitucional e legal. O modelo de tripartição de poderes somente pode funcionar bem se o Poder Judiciário for efetivamente autônomo e independente. Isto é corolário do respeito à ordem constitucional legítima, e se subsume na repulsa ao arbítrio e na proteção das liberdades, o que se qualifica como finalidade última que deve inspirar o Estado Democrático de Direito.” - MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente*

no Estado Democrático. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000. p. 68.

[73] Ibid. p. 68.

[74] “Os mais importantes institutos propostos na reforma constitucional brasileira são previstos, de forma específica ou genérica, no documento da agência financeira referida: **súmulas com efeito vinculante**, medidas avocatórias, incidente *per saltum* de inconstitucionalidade, controle externo, escola oficial de magistratura com *staff* centralizado, juizados arbitrais, **concentração de poder nas cúpulas do Judiciário e subtração de autonomia dos juízes em geral**. Enfim, um Poder Judiciário **verticalizado**, com **acentuação da disciplina interna** e afrouxamento da possibilidade de disciplinamento difuso de condutas, sobretudo no que pertine ao controle da legalidade e da constitucionalidade de leis e atos administrativos dos demais poderes, estas elaboradas crescentemente no sentido de favorecer as políticas econômicas internacionais.” – Ibid. p. 71. (grifo nosso).

[75] Ibid. p. 70. Ainda: “No caso da reforma do Poder Judiciário no Brasil, coincidentemente as linhas mestras dos projetos apresentados no Parlamento Nacional, com o beneplácito do governo federal, são em tudo similares às propostas do Banco Mundial, bastando-se, para chegar a tal conclusão, a mera leitura do documento ora analisado e a dos projetos reformadores.” – Ibid. p. 70.

[76] Ibid. p. 69. Ainda: “O mesmo documento admite que as reformas serão “alterações sistêmicas, de longo termo, ao invés de reformas superficiais passíveis de serem revertidas”. Este, assim, é o interesse do Banco Mundial: a mudança estrutural de nossos Judiciários, profunda o suficiente para não poder ser revertida. Isto porque, ainda segundo a visão do Banco, a economia de mercado “demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, visando a solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância”. E, digo eu, mais importantes e eficazes serão, aos olhos da dita agência econômica, se forem mais previsíveis na incapacidade que tenham de impor limites, ainda que constitucionais, à circulação anárquica de capitais na busca única do lucro em nossos respectivos países.” – Ibid. p. 71.

[77] ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*. In: Jürgen Habermas, *80 anos: direito e democracia*. Belo Horizonte: Lumen Júris, 2009. p. 109-111.

[78] “Apuradas as discrepâncias e concordâncias, verifica-se que a Constituição contém elementos dos modelos liberal e republicano, o que a torna vizinha do modelo deliberativo que é uma síntese deles.” Ibid. p. 107.

[79] O reconhecimento mútuo e a dimensão de solidariedade como fonte de integração social, que fazem parte do modelo procedimentalista de democracia, em consonância com o paradigma procedimentalista do direito, enquanto deliberação política intersubjetiva voltada à legitimação democrática pela aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos, operam, pois, como elementos da teoria habermasiana que permitem o deslocamento do foco concretista que encarcera o direito e a política no Estado para uma compreensão reflexiva do direito e da política alocada também na sociedade civil politizada e autônoma privada e publicamente.

[80] “A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 23.

[81] “A teoria do discurso coloca em jogo uma outra idéia: para ela processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. Ibid. p. 23.

[82] Vide argumentação de Luís Roberto Barroso. Na nota de rodapé 67.

[83] “O juiz independente é condição fundamental de existência do Estado Democrático.”- MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000. p. 67.

[84] “...o juiz que está na infância, tendo o pai como ídolo. Seu desejo é agradar o pai e, para isso, nada melhor do que aderir ao seu saber, exposto nos acórdãos. Para tanto, transcreve sempre a vontade-jurisprudência do seu superior. Esta relação neurótica perdura quando este juiz chega ao Tribunal, pois espera que os outros “filhos” sigam seu caminho, copiando-o.” LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 80.

[85] “Pior, esse juiz mata o que há de mais digno na atividade judicante: o *sentire*. Em vez de proferir a sentença com sentimento, ele se reduz a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria ou ao pai-tribunal.” – Ibid. p. 80.

[86] Ibid. p. 79.

[87] O constitucionalista norte americano Mark Tushnet caracteriza o modelo norte-americano de revisão judicial como sistema de revisão judicial forte (*strong-form judicial review*) porque este faz prevalecer a interpretação razoável da corte em detrimento da interpretação também razoável do corpo de representantes políticos e identifica nisto uma tensão entre o papel judicial de garantia da prevalência das limitações constitucionais e a democracia. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 21. Mas o próprio Habermas explica que: “A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme à constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador. Na Alemanha e nos Estados Unidos, na medida em que esse controle de normas é feito na quadro da instância da prova judicial, levando à rejeição de normas e não a mandatos para o legislador, argumentos pragmáticos e político-jurídicos podem falar em prol da distribuição institucional de competências.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325. Além do mais, o modelo americano pode ser, no que tange à posição institucional do tribunal constitucional, classificado como um regime de separação de poderes, no qual a Suprema corte apenas pode exercer o controle de constitucionalidade das leis quando a discussão ocorrer no âmbito de casos concretos e controversos e que possibilitam a discussão em qualquer outra corte. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 53. Por tudo isso, o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal só pode nos levar a concluir que se trata de um sistema ainda mais forte do que o sistema de revisão judicial forte identificado por Mark Tushnet no modelo americano. Eis a justificativa para a expressão aqui utilizada: sistema de revisão judicial super forte.

EXAME DA NECESSIDADE DE COMPARECIMENTO PESSOAL DAS PARTES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

GABRIEL SEGAL TEIXEIRA: Advogado. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

RESUMO: o estudo analisa a norma que impõe o comparecimento pessoal das partes à audiência de conciliação dos Juizados Especiais Cíveis. Pretende-se demonstrar a necessidade de adequação do procedimento sumaríssimo vigente, especialmente a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que permite à parte autora optar pela realização, ou não, de audiência de conciliação, como meio de conferir maior celeridade ao processo.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis. Novo Código de Processo Civil brasileiro. Audiência de conciliação. Comparecimento pessoal das partes. Acesso à justiça.

ABSTRACT: this study analyses the legal obligation imposed to the parties in order to personally attend the conciliation hearing in the Brazilian small claims courts procedure. It attempts to demonstrate the necessity of adaptation in the small claims courts procedure, especially in view of the new Code of Civil Procedure, that allows the claimant to decide if there will be the conciliation hearing or not, in order to not waste time on a useless hearing.

Key words: Small Claims Courts. Brazilian New Code of Civil Procedure. Conciliation hearing. Personally attending of the parties. Access to Justice.

Sumário: 1 Introdução. 2. Do surgimento dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil e do princípio do estímulo à conciliação. 3. O princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis. 4. Aspectos doutrinários acerca do princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis. 5. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, vige o que se denomina comumente de “princípio da pessoalidade”, norma segundo a qual é obrigatório o

comparecimento pessoal da parte autora à audiência de conciliação e julgamento e cujo objetivo é viabilizar, de forma plena, a resolução do conflito pela via da conciliação.

Trata-se de norma que encontra expressa previsão legal, com ampla guarida jurisprudencial[1], e arrimo em parcela respeitável da doutrina[2].

O que se pretende neste trabalho é sustentar um novo entendimento acerca da matéria, em sentido oposto ao que vem sendo praticado no sistema dos Juizados Especiais. Afinal, será que o comparecimento pessoal da parte à sessão de conciliação é, de fato, indispensável no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis?

Para isso, o presente trabalho será dividido em três partes.

Na primeira parte, será feita uma brevíssima exposição acerca do surgimento dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, de modo a situar historicamente o leitor e demonstrar a existência de um princípio do estímulo à conciliação, orientador da atual política pública de tratamento dos conflitos jurídicos.

A segunda parte é destinada a demonstrar como tem sido a aplicação prática do princípio da pessoalidade no direito brasileiro vigente.

Na terceira parte, é feito o tratamento doutrinário acerca do princípio da pessoalidade. Inicialmente, o estudo incursiona na teoria da norma, buscando-se responder a seguinte pergunta: existe um princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis?

Após este exame, buscaremos estudar o porquê de determinados atos jurídicos serem considerados personalíssimos, enquanto outros admitem a sua prática mediante representação.

Finalmente, é feito o exame da necessidade de comparecimento pessoal das partes nos Juizados Especiais Cíveis, em face da teoria dos direitos fundamentais.

2 DO SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL E DO PRINCÍPIO DO ESTÍMULO À CONCILIAÇÃO

A ideia de criação dos Juizados Especiais surgiu na Constituição de 1967, que, em seu artigo 136, § 1º, alínea “b”, previu a possibilidade de os Estados, ao

organizarem sua Justiça, designar, mediante lei, juízes togados com investidura limitada no tempo, com competência para julgar causas de pequeno valor.

Mesmo diante da autorização da Constituição de 1967 de se criar órgãos jurisdicionais específicos para a resolução das causas de menor valor, a lei que regularia esses Tribunais somente se deu após dezessete anos da promulgação da Constituição de 1967, em 07 de novembro de 1984, com a publicação da Lei de n. 7.244, criando os Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Na prática, os Juizados Especiais Cíveis surgiram, no Brasil, a partir das experiências pioneiras realizadas, em 1982, no Estado do Rio Grande do Sul, no trato das causas de pequeno valor[3].

Num primeiro momento, ainda sem previsão legal, foram criados – pela Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, em parceria com o Poder Judiciário – os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, compostos de juízes improvisados, que atuavam fora do horário de expediente forense[4].

Os Conselhos de Conciliação não eram órgãos jurisdicionais, ou seja, não exerciam função judicante, tendo poder de atuação limitado à condução de conciliações entre as partes, caso assim concordassem[5].

O sucesso de tais órgãos na obtenção de conciliações foi tamanho que a inovação logo demandou regulamentação por lei própria. Assim, em 1984, foi editada a Lei n. 7.244, criando os Juizados das Pequenas Causas, os quais passaram a ser vistos como exemplos de boa administração de justiça[6].

Da experiência gaúcha, há mais de trinta anos, começou a se delinear o que se pode denominar de princípio do estímulo à conciliação, objetivo este que restou estampado expressamente no art. 2º da Lei n. 7.244/84[7].

A busca pela conciliação ganhou tanto espaço que a professora Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado em 1988, afirmou que a conciliação constitui a tônica da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, “obstinadamente preocupada em conciliar”[8].

Eis, portanto, o contexto de criação dos Juizados Especiais, “deliberadamente estruturado à margem da organização judiciária tradicional, para

constituir uma justiça predominantemente conciliatória”[9]. Foi, sobretudo, da experiência dos Juizados Especiais, que tomou corpo, no Direito brasileiro, o princípio do estímulo à conciliação.

Percebe-se que, naquele momento, já havia a necessidade de reforma de um aparato judicial que demonstrava sintomas de crise, mesmo antes da explosão de demandas que viria a ocorrer a partir da década de 1990.

Como registra Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84) procurava atender a uma série de finalidades, entre as quais: desafogar a justiça tradicional, ampliar o acesso à justiça e promover a resolução de conflitos de forma mais rápida e efetiva[10].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Juizados Especiais passaram a ter previsão constitucional, o que era um consenso entre os constituintes[11]. Esse consenso demonstra a esperança depositada nesse novo modelo de prestação jurisdicional, inspirado nos *Small Claims Courts* do Direito norte-americano, criados em 1934 em Nova Iorque[12].

3 O PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

3.1 FUNDAMENTO LEGAL

Como mencionado na introdução deste trabalho, vige, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o que se denomina comumente de “princípio da pessoalidade”, norma segundo a qual é obrigatório o comparecimento pessoal da parte autora à audiência de conciliação e julgamento. Trata-se de norma extraída da combinação dos artigos 2º e 9º, da Lei n. 9.099/95[13], cujo objetivo seria viabilizar, de forma plena, a resolução do conflito pela via da conciliação.

Neste contexto, conforme previsão expressa do art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95[14], a inobservância do princípio da pessoalidade é causa de extinção do processo. Ausente a parte autora na audiência de conciliação e julgamento, o juiz deve extinguir o processo, sem resolução do mérito.

3.2 O PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA

Seguem, abaixo, dois casos bastante elucidativos a respeito da aplicação do princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis. Vejamos.

Em ação de cobrança objetivando o recebimento de valores decorrentes de contrato de locação, a parte autora constituiu mandatário para representá-la na audiência de conciliação, em decorrência da mudança do seu domicílio para o exterior, para acompanhar seu cônjuge, que havia sido nomeado para exercer o cargo de embaixador do Brasil junto ao Reino Unido.

Sob o fundamento da excepcionalidade do caso, o juiz permitiu a realização da audiência pelo mandatário constituído pela parte autora.

Em julgamento de apelação cível, a 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, em preliminar suscitada de ofício, declarou a nulidade de todo o procedimento, a contar da decisão que dispensou o comparecimento pessoal da parte à audiência, por violação ao procedimento sumaríssimo estabelecido na Lei dos Juizados^[15].

Em outro caso, a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal entendeu que a justificativa prévia não tem o condão de liberar a parte da exigência legal de comparecimento pessoal à audiência de conciliação^[16].

Desta vez, tratava-se de ação indenizatória na qual a parte autora, que residia em outro estado, alegava não poder arcar com os custos de deslocamento para comparecer à audiência, motivo pelo qual teria outorgado ao advogado amplos poderes para transigir.

Com fundamento no princípio da pessoalidade, a Turma manteve sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito em decorrência da ausência da parte autora à audiência de conciliação.

No desenvolvimento deste trabalho, serão examinados os argumentos expostos nos julgados acima. Neste momento, o propósito é apenas demonstrar como tem sido a aplicação prática do denominado princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis.

3.3 O PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

De forma inovadora, o art. 319, inciso VII, do CPC/2015 prevê, como requisito da petição inicial, a indicação da “opção do autor pela realização, ou não, de audiência de conciliação ou de mediação”. Citado, o réu poderá se manifestar pelo cancelamento da audiência de conciliação. Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, a audiência não será realizada (art. 334, § 4º, inciso I, CPC/2015). Trata-se de aprimoramento importantíssimo no procedimento comum ordinário, que tende a otimizar o princípio da economia processual e da razoável duração do processo. Isso porque, se as partes já sabem que não pretendem transigir, nada mais razoável do que poderem manifestar, desde logo, suas intenções e poupar tempo “morto” com uma audiência desnecessária, “infértil”, “infrutífera”.

Em verdade, como sugere Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, melhor seria que o CPC/2015 houvesse ido além, dispensando a audiência quando qualquer das partes manifestasse desinteresse em sua realização. Isso porque é certo que “se um não quer, dois não conciliam”, e a obrigatoriedade da realização da audiência apenas burocratiza e aumenta os custos do procedimento^[17]. Entretanto, essa não foi a opção feita pelo legislador, que exige a discordância conjunta de autor e réu para a dispensa da audiência.

Em suma, de maneira inovadora, o Código de Processo Civil faculta às partes que não se submetam à audiência de conciliação nas lides submetidas ao procedimento comum ordinário, em homenagem ao princípio da duração razoável do processo e da economia processual.

Noutro giro, do ponto de vista legislativo, nada se alterou no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis, de modo que a audiência de conciliação ainda é ato processual obrigatório no microsistema das pequenas causas.

Vale destacar que, ao menos nos grandes centros urbanos, a praxe nos Juizados Especiais Cíveis tem sido a de designar uma audiência para a tentativa de conciliação – presidida por um conciliador – para, somente então, caso as partes não cheguem a um acordo, ser marcada nova audiência de instrução e julgamento, agora conduzida por um Juiz Leigo ou por um Juiz Togado. Em outras palavras, na prática dos Juizados Especiais Cíveis, não há aplicação da pretendida audiência una, de conciliação, instrução e julgamento. Primeiro, é tentada a conciliação, em sessão presidida por um conciliador. Caso reste frustrada a solução do conflito por

autocomposição, então parte-se para a instrução e julgamento, em outra data, e sob a presidência de um juiz.

Neste contexto, com a entrada em vigor do CPC/2015, não há mais como aplicar, com coerência e razoabilidade, o art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95 da maneira como tem sido aplicado pela jurisprudência predominante dos Juizados Especiais Cíveis.

A obrigação de comparecimento pessoal da parte à sessão de conciliação deixa, também nos Juizados, de “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”, como afirmado na exposição de motivos da comissão de juristas que elaborou o CPC/2015. Afinal, de que serve obrigar a parte a comparecer em uma audiência apenas para olhar para a “cara” do conciliador e reiterar sua indisposição em firmar um acordo? O que se ganha com isso?

O estímulo à solução dos conflitos por autocomposição é missão nobre e delicadíssima, que não se coaduna com discursos do tipo: “se o legislador quisesse, teria alterado o procedimento dos Juizados, como fez em alguns pontos”.

Parece ser indiscutível que estimular a solução consensual dos litígios passa longe da simples imposição de comparecimento em uma audiência. O recurso ao modelo alternativo de resolução de litígios deve ser sempre visto como uma possibilidade a ser estimulada em juízo, cuja escolha é da parte, e não como uma exigência do Estado.

Nesse sentido, a doutrina tem questionado, de forma dura, a deturpação do instituto da conciliação na prática judicial brasileira. Nas precisas palavras de Dierle Nunes, “o fato mais preocupante é que a institucionalização da ‘cultura da pacificação’ caminha no sentido oposto à sua virtude emancipadora: aquela de ser uma escolha das partes”^[18].

Eis as constatações práticas de uma advertência há muito feita por Cappelletti: “precisamos ser cuidadosos. [...] embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções”^[19].

Em suma, como sustentar, com razoabilidade, que, no procedimento comum ordinário – cujo procedimento, em si, é mais garantista –, a parte autora possa optar por não se submeter à audiência de conciliação e, no procedimento sumaríssimo – orientado pela economia processual, pela celeridade e pela informalidade dos atos processuais –, a parte autora também não tenha esse direito?

4 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A partir do estudo da teoria da norma, buscar-se-á, no item seguinte, responder a seguinte pergunta: é possível sustentar a existência de um princípio da pessoalidade nos Juizados Especiais Cíveis?

4.1 OBRIGATORIEDADE DE COMPARECIMENTO PESSOAL: PRINCÍPIO OU REGRA?

Inicialmente, é importante proceder à distinção entre regras e princípios, distinção esta que, segundo Robert Alexy, figura como uma das bases da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e uma chave para a solução de problemas envolvendo tais direitos[20].

Em que pese a existência de outros critérios distintivos, parte-se, aqui, do entendimento de que regras e princípios são normas, genericamente consideradas, na medida em que ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas[21].

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível[22]. É o caso dos referidos princípios do estímulo à conciliação, da economia dos atos processuais, da duração razoável do processo, da instrumentalidade dos atos processuais, do acesso à justiça, entre outros.

Já as regras são normas que são sempre integralmente satisfeitas ou integralmente não satisfeitas. Assim, se uma regra é válida e aplicável, então, seu destinatário deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos[23]. É o caso, por exemplo, da norma que estipula o valor-teto dos Juizados Especiais Cíveis, em quarenta vezes o salário mínimo (art. 3º, inciso I, da Lei n. 9.099/95).

A correta distinção entre princípio e regra é indispensável para a correta aplicação do direito, quando o aplicador se deparar com as frequentes colisões entre princípios, bem como nos conflitos entre regras. Tal noção será essencial para realizarmos o exame da necessidade de comparecimento pessoal da parte autora no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

Se não bastasse, fica, aqui, uma última observação.

A única forma de se considerar como princípio a exigência de comparecimento pessoal da parte à audiência seria a adoção dos princípios como normas de elevada importância para a ordem jurídica[24].

Entretanto, no atual estágio do pensamento jurídico ocidental, é insustentável a adoção deste critério – o grau de importância da norma – para a distinção entre princípios e regras, na medida em que se verifica a existência de inúmeras normas de inquestionável importância no ordenamento jurídico que têm a estrutura própria das regras. É o caso, por exemplo, da proibição de provas ilícitas. Trata-se de regra específica – assim como é específica sua consequência, em caso de violação –, e indispensável para a concretização do princípio democrático e para o devido processo legal.

Deste modo, firma-se, aqui, mais um ponto: a exigência de comparecimento pessoal da parte autora a qualquer das audiências é norma do tipo regra, cujo manejo, por parte do magistrado, deve seguir a metodologia conferida às regras jurídicas, bem distinta daquela inerente aos princípios.

4.2 A OBRIGATORIEDADE DE COMPARECIMENTO PESSOAL À SESSÃO DE CONCILIAÇÃO FRENTE À TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Antes de mais nada, diante das inúmeras concepções doutrinárias acerca dos fatos jurídicos processuais, como, por exemplo, o próprio conceito de ato processual, firmemos uma premissa: a sessão de conciliação é ato apto a exercer influência no processo. A terminologia atribuída a tal ato – se ato processual ou ato do processo[25] – é questão secundária, que fica a cargo de cada um.

Como mencionado, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis exige o comparecimento pessoal da parte a qualquer das audiências do processo (art. 9º,

da Lei n. 9.099/95), sob pena de extinção do processo sem exame do mérito (art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95). Nestes termos, percebe-se que o tratamento legal dado à ausência da parte autora à sessão de conciliação é rigoroso.

Assim, a inobservância da personalidade é circunstância que poderia ser classificada como ato ilícito invalidante[26], ou, ainda, como o que a doutrina majoritária classifica como nulidade absoluta[27]. Nessa linha de raciocínio, a realização da audiência sem a presença pessoal da parte dá ensejo à invalidação do procedimento. Confirma-se, nesse sentido, o julgado mencionado no item 3.2.1 deste trabalho, em que a Turma Recursal, em preliminar suscitada de ofício, decretou a nulidade da audiência realizada sem o comparecimento pessoal da parte, cassando, por conseguinte, a sentença[28].

Nada mais equivocado, porém.

Equivocado do ponto de vista legislativo – quando o legislador previu a extinção do processo como consequência da ausência da parte autora à sessão de conciliação, o que nos remete ao exame dos princípios da isonomia e da proporcionalidade – e equivocado na aplicação judicial, uma vez que o magistrado vincula-se ao Direito, e não ao princípio da legalidade estrita, a ser interpretado literal e isoladamente.

Assim, entendemos que a exigência de comparecimento pessoal da parte autora à sessão de conciliação é regra que pode ser tranquilamente afastada pelo magistrado. Para tanto, exige-se, porém, o compromisso dos juízes com o Direito, o que não se compatibiliza com a adoção de mera aparência de legalidade por parte dos magistrados[29]. Nesse sentido, é indispensável a modificação da mentalidade dos juízes, tanto na condução do processo, quanto no momento de proferir a decisão. Nas palavras de Paulo Cezar Carneiro Pinheiro, “um grande número de juízes tem sua preocupação voltada tão-somente para a produção de sentenças: quanto maior o número, melhor”[30]. Em suma, é imprescindível que haja um compromisso ético de cada magistrado no sentido de utilizar a técnica processual para os seus verdadeiros fins[31].

Pois bem. Analisemos o problema à luz dos princípios atinentes à teoria das invalidades processuais.

No direito processual, o sistema das invalidades foi idealizado para que não houvesse a decretação de nulidades. A invalidação do ato somente deve ocorrer quando não for possível o aproveitamento do ato praticado com defeito. Assim, o princípio do aproveitamento dos atos processuais figura como o primeiro limite ao julgador na decretação de nulidades no processo.

Nas precisas palavras de Fredie Didier Jr., “o magistrado deve sentir um profundo mal-estar quando tiver de invalidar algum ato processual”[\[32\]](#).

No mesmo sentido, Paulo Cezar Carneiro Pinheiro ensina que o sistema processual brasileiro, ao tratar das nulidades, prevê formas de salvar o ato processual do vício da nulidade, ou seja, de permitir, sempre que possível, que o ato processual seja aproveitado, ainda que contenha determinados vícios. Para Carneiro, “esse sempre foi o escopo do sistema de nulidades no direito processual, mas, na prática, isso não tem ocorrido”[\[33\]](#).

No que diz respeito ao tema posto em questão, considerando que o único objetivo da audiência de conciliação é tentar o acordo entre as partes, entendemos que, antes de declarar a nulidade da audiência realizada sem a presença da parte autora, e, conseqüentemente, cassar a sentença, as Turmas Recursais devem analisar, no caso concreto, se houve negligência do magistrado na tentativa de conciliação das partes, ou se esta não foi alcançada por mera inexistência de vontade das partes em solucionar a lide por autocomposição. Caso assim não proceda, a decisão violará o princípio do aproveitamento dos atos processuais.

O princípio do aproveitamento dos atos processuais guarda estreita relação com o princípio do prejuízo, na medida em que ambos exigem a análise do elemento teleológico da norma violada. Pelo princípio do prejuízo, não poderá ser decretada a nulidade do ato processual quando o defeito do ato não houver causado prejuízo a alguma das partes[\[34\]](#). Vale dizer, a decretação da invalidade é sanção que só pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato com a ocorrência de prejuízo[\[35\]](#). De acordo com Fredie Didier Jr., “há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade”[\[36\]](#).

Tome-se, como exemplo, a regra da necessidade de citação do réu. O ato citatório é ato que tem por finalidade assegurar a defesa do réu. Ocorre que a ausência de citação é defeito que poderá ser considerado sanado pelo simples

comparecimento do réu ao processo, com apresentação de defesa[37]. Isso porque, mesmo diante de inexistência do ato citatório, a sua finalidade foi atingida. Ora, se até mesmo em caso de ausência de citação – que, de tão grave, justifica a invalidação da decisão proferida no processo até mesmo após o prazo da ação rescisória[38] – é possível o aproveitamento do ato nos casos em que a sua finalidade foi atingida (apresentação de defesa), não nos parece razoável que se sustente que a ausência da parte à sessão de conciliação possa implicar a decretação da nulidade do procedimento, como tem sido feito, de maneira simplista e leviana, na prática.

Aliás, cumpre registrar que os princípios relativos à teoria das nulidades, dentre os quais o princípio do aproveitamento dos atos processuais e o princípio do prejuízo, foram expressamente previstos na antiga Lei dos Juizados de Pequenas Causas (art. 14, da Lei n. 7.244/84), com idêntica previsão no art. 13 da Lei n. 9.099/95[39].

Causa espanto que estes artigos passem despercebidos por aqueles que bradam pelo cumprimento da legalidade, em nome da vontade do legislador em viabilizar a solução do conflito pela via conciliatória. Afinal, o legislador também não teria sentido a vontade de salvar os atos processuais que tenham atingido sua finalidade?

Para os juízes mais preocupados com a boa técnica processual e com a finalidade precípua do processo, os dispositivos legais acima expostos seriam suficientes para afastar o inaceitável silogismo “ausente a parte autora à sessão de conciliação, extingo o processo sem exame do mérito, com fundamento nos artigos 2º, 9º e 51 da Lei n. 9.099/95”.

Avancemos em um exame mais aprofundado do tema, distinguindo algumas situações fáticas possíveis.

Em primeiro lugar, é possível que a parte autora, assim como seu advogado, injustificadamente, não compareçam à audiência. Neste caso, até se poderia pensar na ocorrência de desídia apta a extinguir processo. Ainda assim, fica em aberto uma questão: deve o juiz extinguir o processo (art. 51, I, da Lei n. 9.099/95) ou redesignar a audiência, com fundamento na economia processual?

Uma segunda possibilidade é a de a parte autora não comparecer pessoalmente à audiência, mas, sim, seu advogado, alegando o desinteresse do seu cliente em firmar qualquer acordo. Neste caso, entendemos que não há sequer defeito no ato. Bem vistas as coisas, não há o que ser saneado. Simplesmente, deve-se ter como frustrada a tentativa de conciliação. Em outras palavras, a única consequência que pode ser extraída da ausência do demandante à audiência da conciliação, desde que presente seu advogado afirmando a ausência de interesse da parte em transigir, é a impossibilidade, ao menos naquele momento, da conciliação[40]. Interpretação diversa desnaturaria a própria essência da sessão, que deixaria de ser de tentativa de conciliação, e passaria a ter ares de imposição de conciliação.

É possível, ainda, que a parte autora não compareça pessoalmente à audiência, mas constitua advogado com plenos poderes para transigir. Trata-se de hipótese admitida expressamente pelo art. 334, § 10, do CPC/2015[41].

Mais uma vez, invocamos o aspecto teleológico da norma: viabilizar a resolução negocial do conflito. Ora, se a parte não descarta a possibilidade de firmar acordo em juízo, tanto sim que constitui advogado com poderes para transigir, não vislumbramos qualquer defeito na audiência realizada deste modo. Seria um bom exemplo de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, de ato que, embora praticado de forma diferente daquela prevista na lei, atingiu sua finalidade essencial[42].

Neste último caso, não haveria qualquer prejuízo às partes. Prova disso é que se as partes firmarem acordo em juízo, não seria possível posterior alegação de nulidade do ato, sob pena de violação do princípio da boa-fé processual (proibição do *venire contra factum proprium*). Se prejuízo, no caso, houver, seria apenas a quem esteja dominado pela desenfreada vontade de “matar” o processo. Nada mais.

4.3 DA ABRANGÊNCIA DA PESSOALIDADE NA PRÁTICA DOS ATOS PROCESSUAIS

Antes de procedermos ao exame da necessidade de comparecimento pessoal das partes aos Juizados Especiais Cíveis à luz do princípio da proporcionalidade, façamos uma última consideração: por que, no ordenamento

jurídico, determinados atos jurídicos são considerados atos personalíssimos, enquanto outros são considerados não personalíssimos? Em outras palavras, o que faz determinados atos serem considerados personalíssimos e outros não?

A pessoalidade dos atos jurídicos guarda estreita relação com o poder de representação. A representação é a relação por meio da qual uma pessoa (representante) atua como se fosse outra (representada), ou seja, por meio da representação, a um agente é permitida a emissão de vontade em nome de outro. A vontade do representado é presumida naquela que o representante emitir[43].

Segundo Cáo Mario Da Silva Pereira, o poder de representação, em última análise, decorre da lei. Somente haverá representação naqueles ordenamentos jurídicos em que for admitida, e nos limites em que tolerada a atuação de uma pessoa em nome de outra[44]. Nesse sentido, o contrato de mandato, como representação convencional, permite que o mandatário (representante) pratique atos jurídicos emitindo a sua vontade, mas adquirindo direitos e assumindo obrigações que repercutem na esfera jurídica de outrem: o representado[45].

No Direito brasileiro, poucos atos não poderão ser objeto de mandato.

No Direito Civil, por exemplo, o testamento e o exercício do poder familiar são atos personalíssimos. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção por procuração (art. 39, § 2º).

No Direito Processual Civil, não é possível o depoimento pessoal prestado por outrem, que não a própria parte na relação processual.

No âmbito do Direito Eleitoral, também são reputados personalíssimos o exercício do direito de voto e o exercício do mandato eletivo.

Em todas essas situações, a pessoalidade é tida como indispensável à prática do ato.

Em alguns casos, a exigência da pessoalidade na prática do ato tem por fundamento a necessidade de proteção à segurança jurídica. É o caso do testamento[46].

A exigência de pessoalidade na elaboração do testamento se justifica por se tratar de ato destinado à produção de efeitos apenas após a morte, quando seu autor já não se encontra mais presente para defendê-lo[47], o que exige a previsão de mecanismos aptos a resguardar a vontade real do declarante. Por isso, há de ser feito pelo próprio testador, sem a interferência de quem quer que seja[48].

Por se tratar de um encargo imposto por lei, visando à proteção do interesse do filho, o exercício do poder familiar também não pode ser objeto de mandato. São personalíssimas as obrigações decorrentes do poder familiar, que, em verdade, consiste menos de um poder e mais de um dever. Por isso, não se admite qualquer expediente que possibilite, aos pais, fugirem do seu encargo[49].

Não é diferente o que ocorre em relação à adoção, que também possui um caráter personalíssimo. Por suas implicações, exige elevada cautela na análise da relação de afinidade e afetividade entre o adotante e o adotando, o que torna indispensável o contato prévio entre eles. Por isso, a inviabilidade da adoção por procuração[50].

Em outros casos, o motivo da vedação à prática do ato através de representante está na impossibilidade absoluta de se conferir, a outrem, o poder de representação. É o que ocorre em relação ao depoimento pessoal, ao menos quando forem partes no processo pessoas físicas. Se prestado por outrem, que não a própria parte, o depoimento será tido por testemunho[51].

Também por impossibilidade absoluta de se conferir a terceiro o poder de representação, o exercício do serviço militar, de mandatos eletivos e demais múnus públicos devem ser exercidos pessoalmente[52].

Não obstante, a regra no Direito brasileiro é a de que cabem, no mandato, quase todos os atos da vida civil que possam ser diretamente praticados pelo mandante, sejam de natureza patrimonial ou não. Geralmente, o objeto do mandato é do interesse exclusivo do mandante[53]. Assim, ressalvadas aquelas situações excepcionais em que o ato há de ser praticado de maneira personalíssima, não há de se obstar o poder de representação.

Registre-se, a título exemplificativo, alguns atos jurídicos da maior importância, e que podem ser praticados por representação:

a) Casamento: desde que observadas as formalidades legais, é possível, no Brasil, a realização do casamento por procuração. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “por esta via, facilita-se o matrimônio quando um dos nubentes reside em localidade diversa do outro e não pode deslocar-se, ou quando um deles se acha no estrangeiro em trabalho [...]” [54]. Agora, explique-se para um leigo o seguinte imbróglio: de um lado, a lei autoriza a constituição de mandatário para participar, em nome do mandante, da realização da cerimônia de casamento; de outro, veda a constituição de mandatário para o comparecimento em juízo em uma simples ação de cobrança. Não faz sentido.

b) Confissão: a confissão espontânea da parte pode ser trazida ao processo por um procurador com poderes especiais. Neste caso, quem confessa é o representado. O representante é mero condutor da manifestação de vontade declarada pelo confitente [55].

c) Negócios jurídicos: em geral, negócios jurídicos, tais como uma compra e venda ou uma doação [56], podem ser celebrados por procuração.

No que diz respeito ao mandato judicial, é indiscutível a possibilidade da outorga de poderes especiais ao advogado para transigir. Nesse sentido, o art. 38, do CPC/1973 (art. 105, do CPC/2015). Para tanto, basta que constem de cláusula específica.

Em face do exposto, fica claro que a exigência de comparecimento pessoal às audiências de conciliação, nos Juizados Especiais Cíveis, destoa flagrantemente das demais hipóteses em que se exige a pessoalidade no Direito brasileiro.

4.4 DO EXAME DA NECESSIDADE DE COMPARECIMENTO PESSOAL DAS PARTES À SESSÃO DE CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.4.1 Do princípio da razoabilidade/proporcionalidade

Inicialmente, é certo que os agentes públicos, quaisquer que sejam, devem pautar a sua atuação de acordo com a legislação vigente. Não obstante, há muito, a doutrina e jurisprudência reconhecem a necessidade de que a aplicação da norma jurídica seja feita sempre tendo em vista parâmetros de razoabilidade e

proporcionalidade. Em breves linhas, é o que diferencia a atuação estatal em estrita observância à lei, da atuação conforme o direito.

Nesse contexto, o exame da proporcionalidade de qualquer exigência legal impõe, em primeiro lugar, a análise da adequação de tal exigência, ou seja, o exame acerca de se o meio escolhido pelo legislador para a concretização de determinado princípio é um meio adequado nesse sentido.

No presente estudo, a questão que se põe é a seguinte: o comparecimento pessoal da parte em juízo estimula a realização de conciliações? Decerto que sim. Como observa Joel Dias Figueira Júnior, “melhor que a parte compareça pessoalmente, [...] a fim de viabilizar a aproximação dos litigantes e facilitar a autocomposição”^[57].

Entretanto, isso não é suficiente. Indispensável refletir, ainda, sobre outra questão: além do meio eleito pelo legislador, existem, no plano fático-jurídico, outros mecanismos capazes de concretizar aquele princípio? Vale dizer, além do comparecimento pessoal da parte em juízo, é possível estimular a realização de conciliações de outra maneira?

Novamente, a resposta é afirmativa: o mandato judicial, com poderes especiais para transigir, nos termos do art. 38, do CPC/1973 (art. 105, do CPC/2015), confere ao advogado o poder de representação necessário para, em nome do representado, firmar acordo e resolver a lide por autocomposição. Nesse sentido, mais uma vez, irretocáveis as palavras de Joel Dias Figueira Júnior:

“[...] nunca comungamos a interpretação literal defendida por alguns estudiosos ou turmas recursais baseadas nas expressões ‘comparecimento pessoal das partes’, ou ‘não comparecendo o demandado’, ‘quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências’, assinaladas em diversas passagens da norma referida (art. 9º, caput, art. 20, art. 23, art. 51, I), tendo em vista que, apesar de não se fazerem pessoalmente presentes ao ato, autor e réu assim o fizeram por interposta pessoa, qual seja, seu procurador regularmente habilitado. Para outra coisa não serve o mandato, diga-se de passagem”^[58].

A possibilidade da utilização do mandato é texto expresso na Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2000)[59].

Deste modo, havendo pluralidade de meios aptos à concretização do princípio, impõe-se o cotejo entre ambos, sob dois enfoques: (a) o grau de satisfação do princípio por cada meio; (b) o grau de violação de cada meio a outros princípios do ordenamento jurídico.

No que diz respeito à primeira questão, pode-se afirmar com segurança que quem tem predisposição a firmar um acordo pode fazê-lo tanto pessoalmente, quanto por meio de representante. Tanto sim, que confere poderes especiais ao advogado nesse sentido. Portanto, as vantagens proporcionadas por cada meio (comparecimento pessoal ou representação convencional) na realização do princípio (busca da conciliação) se equivalem.

No que tange ao grau de violação de cada meio a outros princípios do ordenamento jurídico, a questão não se mostra tão tranquila. Como demonstraremos a seguir, a exigência de comparecimento pessoal da parte autora à audiência de conciliação figura como mais um dos inúmeros obstáculos ao acesso à justiça.

A obrigatoriedade de comparecimento pessoal aos Juizados agrava a situação das pequenas causas, reconhecidamente das mais prejudicadas pela principal barreira ao acesso à justiça, qual seja: os custos das ações judiciais[60].

O comparecimento pessoal em juízo implica um desvio na rotina das pessoas (litigantes não-habituais), o que naturalmente aumenta o custo da demanda judicial. Quem deve comparecer pessoalmente em audiência deve ausentar-se de seu trabalho, o que, para muitos, pode proporcionar prejuízos financeiros. É direta a relação causa-efeito e o impacto no acesso à justiça. Considerados os valores que o litigante deixará de auferir em um turno de trabalho, bem como os valores despendidos a título de deslocamento, todo este montante deverá ser considerado pela parte antes de decidir ajuizar uma ação. Portanto, podemos afirmar com segurança que a exigência legal contribui para que o custo da demanda consuma o conteúdo econômico do pedido, “a ponto de tornar a demanda uma futilidade”, como afirma Cappelletti[61].

Não fosse o bastante, acrescente-se que os transtornos comuns a grandes cidades, tais como a dificuldade de deslocamento, engarrafamentos etc., no mais das vezes, induzem à desistência das pessoas para recorrer a processos judiciais[62].

Nesse contexto, não há dúvidas de que as pequenas violações são, cotidianamente, renunciadas por grande parte da população. Há litigiosidade contida. E a obrigatoriedade de comparecimento pessoal em juízo é fator decisivo para tanto.

Registre-se, ainda, a situação da grande quantidade de pessoas que, por diversos motivos, estejam impossibilitadas ou com grande dificuldade de comparecer em juízo, tais como as pessoas com dificuldade de locomoção, como os idosos[63] e os deficientes físicos, por exemplo. Aliás, é bom frisar, a preocupação do Estado com o acesso à justiça foi reafirmada com a publicação da Lei n. 13.146 de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), que reserva título próprio para tratar do acesso da pessoa com deficiência à justiça. O mesmo se dá no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Eis mais um fato que demonstra a inconstitucionalidade do art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95. A depender da literalidade da lei, tais indivíduos restarão alijados da possibilidade de buscar a devida tutela jurisdicional perante os Juizados Especiais Cíveis.

Deste modo, entendemos que o “princípio da pessoalidade” é norma que, nas palavras de Dierle Nunes, apenas “fala” em nome do acesso[64], por meio da conciliação de conflitos, mas que, na verdade, funciona como mecanismo de estrangulamento do acesso à justiça; apenas serve como mecanismo de atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário.

Esse também parece ser o entendimento de Leonardo Greco, cujas palavras, merecem ser citadas na íntegra:

“A impossibilidade de o autor se fazer representar por preposto (art. 51, I, da Lei 9.099/95) constitui uma violação da garantia do acesso à Justiça, não só para pessoas enfermas, idosas, deficientes ou com dificuldades especiais, mas para qualquer pessoa que seja, como normalmente é o

autor, um litigante eventual, que tem de abandonar os seus afazeres para comparecer em Juízo”[65].

Não é por outro motivo que muitos processualistas se preocupem com o risco de os Juizados Especiais tenham se tornado uma justiça de baixa qualidade, que, a pretexto de ser um sistema baseado na celeridade e na busca pela conciliação, acaba, muitas vezes, por priorizar a eliminação da litigiosidade a qualquer preço, em detrimento das garantias fundamentais do processo[66].

Neste contexto, perfeita a constatação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ao afirmar que, nos dias de hoje, dificilmente a violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição ocorrerá de modo direto e expresso. Em tempos de democracia, o legislador, por exemplo, “não edita normas que prevejam abertamente a impossibilidade de acesso”, o que exige do intérprete atenta análise da razoabilidade das leis[67]. E, nesse ponto, faltou razoabilidade do legislador ao elaborar o art. 51, inciso I, da referida lei. A exigência do comparecimento pessoal aos Juizados não se compatibiliza com o processo visto em perspectiva democrática.

4.4.2 Do princípio da isonomia

Por fim, a regra do art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95 viola, ainda, o princípio da isonomia.

De um lado, a pessoa física, quando autora na demanda, deve comparecer pessoalmente, não podendo constituir representante com poderes especiais para transigir. De outro lado, a pessoa jurídica, demandada, pode constituir qualquer pessoa para representá-la em juízo[68].

Ora, se a pessoa jurídica pode se fazer representar por qualquer pessoa, e não apenas por seus diretores ou demais representantes designados no respectivo ato constitutivo (art. 12, VI, CPC/73; art. 75, VIII, CPC/2015), como sustentar que a pessoa física também não o possa?

Limita-se o direito exatamente da parte mais vulnerável na relação processual. Via de regra, as pessoas físicas figuram como litigantes eventuais, ao passo que as pessoas jurídicas ostentam a condição de litigantes habituais, reconhecidamente detentores de diversas vantagens no plano fático.

A exigência de comparecimento pessoal das partes em juízo, vedando-se o poder de representação em relação às pessoas físicas, e permitindo-o às pessoas jurídicas, é um exemplo prático e bastante elucidativo de como a sobrecarga do Poder Judiciário pode induzir a jurisprudência a adotar posicionamentos restritivos para desencorajar a judicialização de conflitos, o que acaba pressionando as pessoas a resolverem seus conflitos por outras vias[69].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que aqui foi exposto, resta clara a má aplicação do art. 51, inciso I, da Lei n. 9.099/95 por parte da jurisprudência majoritária dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros.

Se, de um lado, o comparecimento pessoal das partes viabiliza a aproximação dos litigantes e facilita a autocomposição, que é um dos objetivos do sistema dos Juizados Especiais, por outro lado, não se pode admitir a vedação à utilização do mandato para fins de representação da parte à audiência de conciliação.

A prática jurisprudencial aqui descrita é inadmissível: restringe o acesso à justiça, gerando litigiosidade contida. Em um Estado Democrático de Direito, é indiscutível que os problemas estruturais que assolam o Poder Judiciário não podem servir de justificativa para a supressão de garantias fundamentais.

Assim, diante de todo o exposto, propõe-se que, seguindo a linha do CPC/2015, a realização da audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis só deva ocorrer após a manifestação das partes sobre esta audiência.

Não comparecendo a parte autora à audiência de conciliação, ou comparecendo apenas o advogado da parte autora com poderes especiais para transigir (art. 334, § 10, CPC/2015), não há mais espaço (em verdade, nunca houve) para a extinção do processo com fundamento no art. 51, I, da Lei n. 9.099/95.

Assim como ocorre no procedimento comum ordinário, entendemos que, também nos Juizados Especiais Cíveis, o não comparecimento das partes nada influencia no resultado do julgamento.

Eis, em síntese, a nossa contribuição para o aprimoramento do sistema dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, J. E. CARREIRA et. al. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BOLMANN, Vilian. *Juizados Especiais Federais: comentários à legislação de regência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Apelação Cível n. 2009.01.1.124546-2, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 06/09/2011, publicado no DJE de 09/09/2011. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/532533/533115.Doc> (acessado em 26/09/2014).

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Apelação Cível n. 2008.07.1.009464-0, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 17/05/2011, publicado em 10/06/2011. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/510511/510282.Doc> (acessado em 26/09/2014).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *Lições de direito processual civil*, vol. 01. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPPELETTI, Mauro et al. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CINTRA, Antônio Calos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. *Considerações sobre a confissão*. In: *Processo civil: aspectos relevantes*, v. 2 (coord. Bento Herculano Duart e Ronnie Preuss Duarte). São Paulo: Método, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. 01. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. 02. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v. 03. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo et al. *Comentários aos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente referente à Adoção*. In: Munir Cury. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. In: R. Cotterrell (Ed.) *Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 28-29. Originalmente publicado em *Law and Society Review*, volume 9, 1974. Reimpressão autorizada pela Law and Society Association.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 04, tomo II: contratos em espécie. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Novo curso de direito civil*, vol. 07. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Leonardo. *Os Juizados Especiais como tutela diferenciada*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, p. 29. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>. Acessado em: 19/05/2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 97, jan./mar./1988.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O acesso à justiça e as condições da ação*. *Revista Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Mendes%2001.pdf> Acesso em 22/06/2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, 2015.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Juizados Especiais Cíveis e as garantias do processo justo*. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 24, p. 59-74, 2009. Disponível em http://www4.ifrj.ius.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/51/50>. Acessado em 19/05/2016.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos*. Revista de Processo, v. 217, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 01. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. 03. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. 05. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. 06. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Abordagem histórica e jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros*. Disponível em: . Acessado em 15/02/2016.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; RESENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOTAS:

[1] A título de exemplo: TJDFT, Apelação Cível n. 2008.07.1.009464-0, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 17/05/2011, publicado em 10/06/2011.

[2] Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 441; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 91.

[3] BOLMANN, Vilian. *Juizados Especiais Federais: comentários à legislação de regência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 08.

[4] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46; e, ainda, SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 08.

[5] PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Abordagem histórica e jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros*, p. 01.; Ver, ainda, SALOMÃO, Luis Felipe. *Op. Cit.*, p. 08.

[6] SALOMÃO, Luis Felipe. *Op. Cit.*, p. 09. No mesmo sentido, Leonardo Greco aponta a criação dos juizados de pequenas causas como uma das mais aplaudidas reformas da administração da Justiça brasileira (GRECO, Leonardo. *Os Juizados Especiais como tutela diferenciada*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, p. 29, 2009.

[7] Art. 2º - O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 97, jan./mar./1988, p. 202, *apud*, PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Op. Cit.* p. 04.

[9] GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 29.

[10] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 46 e 47.

[11] VIANNA, Luiz Werneck; RESENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 04, *apud* BOLMANN, Vilian. *Juizados Especiais Federais: comentários à legislação de regência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 09.

[12] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 27.

[13] Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

[14] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

[15] TJDF, Apelação Cível n. 2009.01.1.124546-2, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 06/09/2011, publicado no DJE de 09/09/2011.

[16] TJDF, Apelação Cível n. 2008.07.1.009464-0, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 17/05/2011, publicado em 10/06/2011.

[17] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro *et al.* *A audiência de conciliação ou de mediação no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, 2015, p. 174.

[18] NUNES, Dierle *et al.* *Op. Cit.*, p. 111.

[19] CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 87.

[20] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

[21] *Ibidem.*, p. 87.

[22] *Ibidem.*, p. 90.

[23] ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 91.

[24] *Ibidem.*, p. 88.

[25] Para a distinção entre ato processual e ato do processo, a doutrina se vale de critérios diversos. Alguns autores analisam se o ato compõe a cadeia de atos do procedimento. Outros autores classificam os atos a partir dos sujeitos que os praticam. Por fim, uma terceira corrente analisa, apenas, se o ato é apto a produzir efeitos no processo. Confira-se: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 01. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 292 e 293; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. 01. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

[26] “Ilícito invalidante é a conduta contrária ao Direito cujo efeito jurídico é dar ensejo à invalidação (desfazimento) de um ato jurídico. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi

praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante [...]” (DIDIER, Jr., Fredie. *Op. Cit.*, p. 294).

[27] Nesse sentido, CINTRA, Antônio Calos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 381; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil (...)*, p. 289-291.

[28] Apelação Cível n. 2009.01.1.124546-2, rel. Juíza Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 06/09/2011, publicado no DJE de 09/09/2011.

[29] CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 65.

[30] E segue, constatando que, para muitos juízes, “não é importante a indagação do número de sentenças justas que foram proferidas, a qualidade delas, mas sim a quantidade. É isto que vale” (CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 69).

[31] *Ibidem*.

[32] DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil (...)*, p. 298.

[33] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 91.

[34] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil (...)*, p. 291.

[35] DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil (...)*, p. 300.

[36] DIDIER, Jr., Fredie. *Op. Cit.*, p. 301.

[37] DIDIER, Jr., Fredie. *Op. Cit.*, p. 505; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, p. 296.

[38] DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v. 03. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 455.

[39] Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

[40] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, p. 419.

[41] Art. 334. (...)

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

[42] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, p. 292.

[43] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições (...)*, vol. 01. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 515.

[44] *Ibidem*, p. 516.

[45] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições (...)*, vol. 03. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 339.

[46] Art. 1.858, CC/2002. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

[47] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 07. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68 e 264. No mesmo sentido, leciona Maria Berenice Dias: “[...] Nega-se, por perigosa, a faculdade de testar por intermédio de procurador, pois se trata [o testamento] de um documento (...) exequível quando já morreu a pessoa mais apta para saber da infidelidade do mandatário [...]”. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354.

[48] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições (...)*, vol. 06. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176.

[49] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 424 e 425.

[50] DIGIÁCOMO, Murillo *et al.* Comentários aos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente referente à Adoção. In: Munir Cury. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 195.

[51] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254.

[52] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 413.

[53] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 03, p. 341-342.

[54] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 05. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 127.

[55] DIDIER Jr., Fredie. *Considerações sobre a confissão*. In: *Processo civil: aspectos relevantes*, v. 2 (coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte). São Paulo: Método, 2007, p. 262 e 270. No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 264.

[56] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, vol. 04, tomo II: contratos em espécie. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 375.

[57] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 336.

[58] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias et al. *Op. Cit.*, p. 336.

[59] Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

[60] CAPPELLETTI, Mauro et al. *Op. Cit.*, p. 19.

[61] CAPPELLETTI, Mauro et al. *Op. Cit.*, p. 19.

[62] CAPPELLETTI, Mauro et al. *Op. Cit.* p. 23.

[63] ALVIM, J. E. CARREIRA et. al. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 225.

[64] NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos*. Revista de Processo, v. 217, 2013, p. 86.

[65] GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 34.

[66] GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 30.

[67] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O acesso à justiça e as condições da ação*. Revista Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, n. 02, 2009.

[68] MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Juizados Especiais Cíveis e as garantias do processo justo*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 24, p. 63, 2009.

[69] GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. In: R. Cotterrell (Ed.) *Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 28-29.

ANÁLISE DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

GUILHERME AUGUSTO CRUZ ANDRADE:
Graduação na Puc/pr. Pós Graduação lato sensu
em Direito Tributário

Resumo: Apesar de todas as reformas ocorridas ao longo dos anos, o Código de Processo Penal encontra-se desatualizado quando comparado com a Constituição Federal, e é por isso que se torna necessário uma análise do diploma infra-constitucional a luz da Carta Magna quando o tema é prisão preventiva.

Summary: Despite all the reforms that occurred over the years, when the criminal procedure code is compared to the Federal of laws in accordance with constitution becomes necessary when the subject is prison detention.

Palavras Chaves: Prisão Preventiva. Pressupostos e Requisitos. Constituição Federal

Keywords: prison detention. Assumptions and requirements. Federal Constitution.

Sumário: 1- introdução; 2- aspectos históricos, características, princípios constitucionais correlacionados com a prisão cautelar; 2.1- evolução da prisão pena e da prisão cautelar; prisão cautelar no brasil – história; 2.3 características e peculiaridades da prisão cautelar; 2.4 princípios constitucionais e prisão cautelar; 3 - características e pressupostos da prisão preventiva; 3.1 a prisão preventiva como ultima ratio; 3.2 pressupostos probatórios para a decretação da prisão preventiva; 3.3 pressupostos cautelares para a decretação da prisão preventiva; 3.3.1- ordem pública; 3.3.2 – ordem econômica; 3.3.3 – por conveniência da instrução criminal; 3.3.4 – aplicação da lei penal; 3.5- a necessidade da lei em determinar prazos claros e objetivos para a imposição da prisão preventiva; 4 – conclusão; 5 - bibliografia

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 1988 estabeleceu aos integrantes da sociedade um rol de garantias individuais, as quais deverão ser respeitadas pelo

Estado, dentre elas, encontra-se a liberdade. Para viabilizar a sua proteção, em especial na esfera penal, o constituinte elencou o princípio da presunção da inocência como dogma jurídico, limitando o *ius puniendi* do Estado.

Esse princípio encontra-se insculpido no art.5, LVII da Lei Maior, o qual relata que réu será considerado culpado somente após o trânsito em julgado de decisão condenatória, todavia o STF em julgamento realizado no Habeas Corpus 126.292 reinterpreto esse dispositivo, admitindo a execução provisória da pena após a sobrevinda de decisão condenatória.

Cresce de relevo, destacar, que a liberdade do réu em um Estado Democrático de Direito poderá ser restringida somente em situações extraordinárias.

O Código de Processo Penal datado de 1940 é o responsável em ditar as circunstâncias legitimadoras da decretação da prisão preventiva, elencando os requisitos e pressuposto necessários para a sua utilização.

A amplitude e a generalidade dos pressupostos cautelares elencados, bem como ausência de regulamentação quanto ao prazo de duração dessa medida possibilitam ao intérprete extensa discricionariedade na sua utilização. Atualmente a banalização da custódia preventiva é corriqueira, pois é empregada de modo desarrazoado, desvirtuando esse instituto jurídico que deve ser utilizado como última opção pelo julgador.

Apesar da alteração legislativa provocada pela Lei nº 12.403, de maio de 2011, ter melhorado esse panorama ao elencar um rol de medidas cautelares substitutivas a prisão preventiva, o legislador silenciou sobre alguns pontos relevantes que serão tratados no decurso do trabalho.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS, CARACTERÍSTICAS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELACIONADOS COM A PRISÃO CAUTELAR

2.1 EVOLUÇÃO DA PRISÃO PENA E DA PRISÃO CAUTELAR

A pena criminal surge em consonância ao desenvolvimento da humanidade, pois é da natureza humana a busca incessante pelo poder, independentemente do prejuízo que sua conduta acarretar a terceiros.

Os homens pré-históricos organizavam-se em bandos que viviam de forma isolada, e em permanente estado de beligerância. Reinava nesse período a violência, vez que em todos os lugares haviam inimigos. Buscando a erradicação da violência e o satisfação de suas necessidades, o homem passou a viver em sociedade, sacrificando parcela de sua liberdade em prol da segurança. Procurando proteger esse aglomerado de liberdades contra usurpações de particulares, criou-se a pena[1]. Assevera Cesar Beccaria “A reunião de todas essas liberdades constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder, que deste fundamento se afastar, constitui abuso e não Justiça.”[2]

Nos primórdios da civilização a pena consistia no sacrifício da vida do infrator como forma de mitigar a fúria do Deuses desencadeada pela pratica do delito.[3] Tratava-se de uma espécie de vingança ao infrator que despertará a ira dos Deuses.

Posteriormente, a vigorou a vingança privada, a qual detinha como característica a reação da vítima e seus parentes que muitas vezes era desproporcional. A evolução social propiciou o surgimento da vingança pública, consagrada com aplicação do *jus taliones* e da *compositio*. As penas passaram a ser aplicadas em prol da sociedade, e não mais buscando a satisfação do interesse privado.[4]

A lei do talião determinava que a reação da vítima deveria ocorrer na proporção do mal praticado (sangue por sangue, olho por olho e dente por dente). Adotado no Código de Hamurábi, no Êxodo (povo hebraico) e na Lei da XII Tábuas. Em seguida surge a composição, sistema que possibilitava o ressarcimento monetário da vítima pelo dano decorrente da prática delituosa. Esse método de resolução de conflitos foi utilizado pelo Código de Manu, Hamurábi, e Pantateuco.[5]

As civilizações da antiguidade não utilizavam a privação de liberdade como sanção, e sim para fins de custódia e a tortura do criminoso, assegurando, assim, a aplicação do *ius puniendi*, e após tal fato, aplicava-se as penas de morte ou corporais.[6] Os povos romanos e gregos, comunidades sociais consideradas avançadas pelos historiadores, são exemplos de utilização do encarceramento para fins de custódia[7].

O período correspondente a Idade Média, caracterizado pela demasiada influência da Igreja Católica em decisões políticas e sociais, e pelo ineficaz e doloroso sistema punitivo Estatal. Apesar das penas cruéis existentes, nasceram importantes idéias direcionadas à reabilitação do recluso, decorrentes de conceitos teológicos-morais difundidos pela Igreja, em associação com o Direito Canônico.

O Direito Canônico foi o grande responsável pela evolução da pena, vez que considerava o encarceramento como a principal forma de punir do Estado. É nesse momento da história que alguns filósofos passam a defender a imposição da pena como meio de recuperação do criminoso, bem como forma de retribuição pelo atentado praticado contra o ordenamento jurídico [8]

A crise econômica enfrentada pela Europa no século XVI e XVII foi importante fator para o desenvolvimento da pena. Com a miséria reinando, e conseqüentemente o aumento da prática delituosa, inviabilizou-se a aplicação da pena de morte. Na segunda metade do século XVI, iniciou-se na Europa diversos movimentos para a transformação da prisão custódia em prisão pena. A Inglaterra buscando a solução para fenômeno-criminal, criou instituições para correção de delinqüentes através do trabalho e da disciplina. O método foi seguido pela Holanda, e posteriormente por diversos países que obtiveram êxito com a sua instauração. [9] A finalidade primordial desse modelo punitivo era evitar o desperdício de mão de obra e o seu controle. [10].

Até meados do século XVIII, a privação da liberdade era utilizada para a contenção e preservação dos acusados até o seu julgamento, vez que as penas vigentes eram de morte e corporais. Relata Cesar Bitencurt que “durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – condenação e custódia – de pessoa física do réu, que esperava geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução” [11].

É no final do século XVIII, período conhecido como Iluminismo, que se iniciaram uma série de movimentos buscando abrandar as sanções desumanas aplicadas no período denominado Período Humanitário. [12] Destacou-se na luta contra esse sistema repressivo bárbaro, grandes filósofos e doutrinadores: John Howard escritor da obra, O Estado das prisões na Inglaterra Países de Gales; Cesar Beccaria ao escrever o célebre livro, Dei Dellitti e delle pene; Jeremias Bentham

jurisconsulto inglês autor da obra, Tratado das Penas e das Recompensa, entre outros pensadores[13]

Somente no século XVIII surge a restrição à liberdade como pena, e apenas no ano século XIX passa a ser a principal forma de punição do Estado.[14]

Conclui-se ao analisar a história da pena, que a prisão cautelar sempre existiu.

2.2 PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL – HISTÓRIA

As tribos de indígenas que habitavam o Brasil regulavam o comportamento dos seus integrantes com base no direito costumeiro, cujo sistema adotava na penalização do sujeito infrator aos costumes eram: a vingança privada, a vingança coletiva, e o talião[15].

Após a colonização, passou a vigorar no Brasil as Ordenações Afonsinas (até 1512), seguida pelas Manuelinas (até 1569), substituída pelo Código de D. Sebastião (até 1603), revogada pelas Ordenações Filipinas[16]. Esse conjunto de normas detinha como escopo regular as relações entre os integrantes da sociedade, punindo o transgressor de seus dispositivos com penas extremamente dolorosas e cruéis.

Importante salientar que o encarceramento era utilizado somente para a custódia do delinquente até a execução de sua sentença, garantindo a retribuição do Estado pelo mal causado ao ordenamento jurídico, e conseqüentemente a sociedade.

O instituto da prisão preventiva tem origem na legislação brasileira, no momento em que se promulga o Código de Processo Criminal, na data de 29 de novembro de 1932. Antes de tal fato, havia um conjunto de leis esparsas que tratava sobre o assunto, sem defini-lo. Em 28 de agosto de 1822, o príncipe regente D. Pedro determinou que as decisões dos juizes brasileiros, tomassem como parâmetro as bases da Constituição da Monarquia Portuguesa. No que tange a prisão preventiva, tal Constituição elencava um rol de delitos sujeitos a sua incidência: crimes de alta traição ou contra a segurança do Estado; furto violento ou doméstico; homicídio; levantamento de fazenda alheia; falsidade, fabricação e falsificação de moedas, de papéis de crédito público e de notas de bancos nacionais,

ou inscrições em dívida pública portuguesa, fuga de cadeia; desobediência de mandados judiciais, ou seu cumprimento fora do prazo; crimes de anarquismo, entre outros. É importante, ressaltar, que a legislação portuguesa dividia a prisão preventiva em duas fases, antes da culpa e depois desta.[\[17\]](#)

Com a publicação do Código Criminal do Império autorizou-se a decretação da prisão do acusado por simples ordem da autoridade policial competente, ou seja, desnecessária era apreciação da autoridade judiciária. O dispositivo autorizador de tal procedimento foi revogado pela Lei nº 2.033. Essa determinou que para os crimes inafiançáveis a decretação da prisão preventiva era compulsoriamente, desde que verificado a presença de indícios de autoria, excluindo do rol autorizador os crimes afiançáveis, não havendo margem para discricionariedade do julgador.[\[18\]](#)

Contudo, em 30 de setembro de 1909, a Lei nº 2.110 estabeleceu também a obrigatoriedade da prisão preventiva para os delitos afiançáveis, desde que o acusado tratasse de pessoa sem profissão lícita ou domicílio certo, no dizer do legislador, sujeito vagabundo, bem como o reincidente na prática delituosa com sentença transitada em julgado. Em 27 de dezembro de 1963, o Decreto 4.780, acrescentou a Lei nº 2.110 à necessidade de fundamentação para a concessão da prisão preventiva.[\[19\]](#)

Nesse período vigorava duas espécies de prisão preventiva: a obrigatória decretada quando houvesse indícios veementes de autoria em crimes inafiançáveis, e a facultativa decretada quando o indiciado fosse vadio, sem domicílio certo, ou já tivesse sido condenado anteriormente com pena transitada em julgado[\[20\]](#).

Com a publicação do Código de Processo Penal em 1941, o instituto da prisão preventiva suportou desmedidas mudanças. Adotou-se as duas modalidades de prisão preventiva: compulsória e facultativa. A compulsória instituída quando ao crime praticado fosse cominado pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos, cuja fundamentação devia pautar-se na demonstração da materialidade do crime e indícios de autoria. E a facultativa era legítima quando presente os seguintes pressupostos: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, e para assegurar a aplicação da lei penal[\[21\]](#).

Importante salientar que o *periculum in mora* era presumido nos crimes punidos com reclusão, desde que o autor do fato delituoso fosse surpreendido por terceiros, ou preso em flagrante, bem como se a conduta tipificada tivesse pena igual ou superior a dez anos. Nesses casos as prisões cautelares eram fundamentadas na existência de indícios hábeis a provar a autoria[22].

Iniciou-se um intenso movimento na busca da reforma do instituto da prisão preventiva, desvinculando sua aplicação da gravidade do crime. No dia 3 de novembro de 1967, a prisão preventiva compulsória foi revogada pela Lei 5.345. Com o advento dessa inovação jurídica, os juízes não são mais obrigados a decretar a prisão do réu em circunstâncias antes legitimadoras, devendo fazê-la após a análise do caso concreto, e a constatação do preenchimento dos requisitos para a sua adoção.[23]

A partir desse fato, a prisão preventiva passava a ser decretada desde que haja prova do crime, bem como a comprovação da existência de fortes indícios capazes de comprovar a autoria, somado a existência do *periculum in mora*, requisito esse, responsável em demonstrar a necessidade de aplicação da medida quando imprescindível para: a garantia da ordem pública e econômica; a instrução criminal; e aplicação da lei penal.

2.3 CARACTERÍSTICAS E PECULARIEDADES DA PRISÃO CAUTELAR

No ordenamento jurídico brasileiro impera a regra de que o transgressor da norma penal responde o processo a ele imputado em liberdade, devendo ser conduzido à prisão somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O STF no julgamento do Habeas Corpus nº126.292, alterou o entendimento até então vigente, passando a autorizar a execução provisória da pena, ou seja, que uma condenação em segundo grau de jurisdição (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) possa ser executada imediatamente, sem necessidade de aguardar o exame de recursos apresentados aos Tribunais Superiores. Essa modificação de entendimento alterou os parâmetros na imposição da prisão pena, não alterado as premissas e conceitos vigentes nas cautelares

A prisão cautelar/processual possibilita ao Estado restringir a liberdade do acusado pela prática do injusto penal antes do término do processo criminal. Trata-se de uma espécie de medida cautelar de caráter pessoal, que visa à restrição da liberdade do imputado a fim de resguardar a investigação e o processo em face aos

imprevistos causados pelo decurso do processo, garantindo, assim, a eficácia da sentença definitiva.

Assevera o doutrinador, Valdir Sznick:

Está claro que entre a ação e a providência judicial, decorre um certo espaço de tempo, maior ou menor de acordo com o caso e a sua complexidade. Esse lapso temporal pode acarretar não só mudanças nas coisas e bens do processo, mas perecimento e deterioração (desvio, alienação), o que justifica as medidas cautelares. Há a necessidade de que a tutela pedida ao Estado seja idônea para tornar efetiva a sua realização. Daí a necessidade de um meio rápido e eficaz para assegurar a manutenção (de pessoas ou coisas) resguardadas desse fator temporal. Esta é a função do processo cautelar, *latu sensu*, e das medidas cautelares, *in specie*.^[24]

Para sua adoção é imprescindível a presença de dois pressupostos: o *periculum in mora* e *fumus boni juris*. O primeiro requisito consiste na verificação da existência de risco para o objeto tutelado, cujo exame das questões fáticas confirmam o perigo de lesão. A segunda condição para a sua decretação é a plausibilidade do direito substancial, ou seja, a probabilidade de êxito na demanda penal. A falta dos pressupostos delineados inviabiliza a decretação da prisão cautelar, tornando-a ilegal.

Preleciona José Frederico Marques que:

A prisão cautelar tem por objetivo a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do *periculum in mora*. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória.^[25]

A doutrina majoritária entende que o vocábulo correto para se identificar os pressupostos legitimadores da prisão cautelar na esfera penal são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O termo *fumus comissi delicti* é mais apropriado no processo penal se comparado com o *fumus boni iuris* utilizado no processo civil, já que a execução de um delito é a própria negação ao direito, sendo equivocada a utilização da expressão “fumaça de bom direito” para validar a decretação da prisão cautelar. É preenchida essa condição quando o aplicador do direito verificar a presença de um fato aparentemente punível, ou seja, deve existir comprovação fática do delito e indícios suficientes de autoria. Enquanto o *periculum in mora* está associado aos efeitos devassos que o tempo tende a acarretar ao bem jurídico em litígio até o trânsito em julgado da decisão, o *periculum libertatis* pauta-se na conduta do imputado, e no risco que sua liberdade acarretará ao processo e a sociedade.

Após a verificação dos pressupostos da prisão cautelar, é relevante o análise de suas principais características: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade, proporcionalidade.

A jurisdicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI da Carta Magna, princípio que demanda prévia apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto pelo juiz.

Outro atributo das medidas cautelares que a diferenciam dos demais institutos jurídicos é o seu caráter nitidamente instrumental, pois seu emprego tem como objetivo primordial garantir a eficácia prática das providências definitivas. Somada a essa característica, destaca-se a acessoriedade, haja vista que as cautelares subsistem em razão de um processo principal, perdendo sua eficácia após a superveniência de decisão. Nessa diapasão, surge o princípio da provisoriedade, vez que desaparecendo a situação que legitimou a decretação da medida excepcional, deverá haver revogação da mesma.

Por fim, destaca-se a proporcionalidade, na medida em que o julgador deverá sempre valorar os interesses em conflito, ponderando os pressupostos legitimadores da cautelar com os prejuízos que sua adução acarretará ao réu.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRISÃO CAUTELAR

O Código de Processo Penal de 1941 é arquitetado com o escopo de buscar a efetividade do *ius puniendi* do Estado em detrimento a liberdade do acusado. A decretação da prisão antes do trânsito em julgado tinha a premissa de antecipar culpabilidade e a responsabilidade penal[26].

Ensina José Frederico Marques:

As medidas cautelares, no Direito Processual brasileiro, ou se destinam a garantir a indenização do dano advindo do crime, ou atuam estritamente no campo da *persecutio criminis*. Nesta última hipótese, ou são providências coercitivas contra o *status libertatis* do réu, e se destinam a tutelar o interesse punitivo do Estado consubstanciado na provável condenação do réu; ou, então, visam impedir danos à liberdade do réu, como providências de contra-cautela, com o escopo de garantir o *status libertatis* em face do poder coercitivo-cautelar do Estado.[27]

Ao analisar as palavras do ilustre doutrinador, observa-se que as medidas cautelares, mais especificamente a prisão preventiva, eram utilizadas como meio de antecipação da pena. Dessa forma a intervenção Estatal na esfera privada buscava tão somente garantir a efetivação de seus interesses consubstanciados na penalização do infrator à norma jurídica.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito essa concepção de punir é reformulada, passando a vigorar o entendimento de que a intervenção do Estado quando contraposta liberdade individual do réu é legitimada quando exercida em consonância as garantias constitucionais. Assevera Juarez Taveres que “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessita de qualquer legitimação, em face de sua evidência”[28], segundo o autor, o que deve ser justificado exhaustivamente é o poder de punir, e não a liberdade, pois essa é inerente ao direito à vida, bem como a dignidade da pessoa humana. Entendimento contrário tende a transformá-la em exceção, e a regra a prisão cautelar, ampliando demasiadamente o *ius puniendi*.

É nesse contexto que os direitos fundamentais surgem como limitação ao poder de punir do Estado, protegendo o débil dos arbítrios da administração pública.

Inconcebível é o entendimento de que o homem deve se submeter ao Estado, pois cabe a esse, resguardar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Aury Lopes Junior explica o vocábulo de Luigi Ferrajoli onde é dito “*ley del más débil*”:

No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo no processo penal opera-se importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre violência institucionalizadora do processo e, posteriormente da pena.^[29]

Apesar das Constituições anteriores a de 1988 não dispõem expressamente sobre o princípio da presunção da inocência, alguns de seus efeitos já eram visíveis no mundo jurídico. Com a publicação da Constituição Federal de 1988, consagra-se expressamente o princípio da presunção da inocência no artigo 5º, LVII, robustecendo o entendimento de que o acusado pela prática criminal, a de ser considerado inocente em todas as fases processuais e extraprocessuais da repressão penal.

Essa norma jurídica é a responsável em ditar os parâmetros na construção do sistema punitivo brasileiro, reforçando a proteção ao débil em face aos arbítrios dos agentes estatais.

Preleciona Antonio Magalhães Gomes Filho:

A denominada presunção da inocência constitui princípio informador de todo processo penal concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal.

Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo justo.^[30]

É consequência do princípio da presunção da inocência a inversão ao ônus da prova, pois se o réu é presumidamente inocente até a sobrevinda de sentença condenatória transitada em julgado, não lhe cabe a prova desse estado de fato, competindo ao Estado a produção do arcabouço probatório apropriado para a demonstração de sua culpabilidade, exime-se, assim, o imputado da prova de sua inocência.

Deriva ainda desse dogma do processo penal, o *in dubio pro reo*. Ele consiste no favorecimento ao réu em casos de dúvida quanto da prática do fato delituoso, cuja falta de provas é a responsável por acarretar. Esse benefício decorre da estrutura do nosso ordenamento jurídico que estabelece ao Ministério Público a função de produção de provas. Logo, se esse órgão não desincumbiu-se de seu ônus probatório, deve o acusado ser absolvido, já que é considerado inocente até prova em contrário. Assim sendo, o acusado no transcurso da inquirição criminal não é obrigado a produzir nenhum tipo de prova capaz de prejudicá-lo, pois esse ônus cabe ao Estado.

Além das consequências no campo probatório, o princípio da presunção de inocência veda qualquer forma de tratamento capaz de equiparar o acusado à condição de culpado, impondo aos agentes públicos o respeito ao imputado. Dessa forma é intolerável qualquer forma de antecipação de pena, uma vez que precipita o reconhecimento da culpabilidade.

Corroborando com essas premissas, o princípio do devido processo legal, contido no artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio determina que a restrição à liberdade do imputado ocorrerá somente após o transcurso de um processo suscetível de garantir todos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Busca-se o equilíbrio da relação processual, evitando a concessão de privilégios em benefício aos representantes do poder estatal, atenuando, assim, as desigualdades existentes entre as partes que compõem o litígio. É dever do magistrado pautar sua atuação na equiparação processual, dando efetividade ao princípio do devido processo legal, procurando sempre garantir a paridade entre os litigantes.

Outro princípio observado é o da proporcionalidade, responsável em limitar a atuação do Estado no caso concreto. Ele se subdivide em três sub-regras: a adequação determina que toda limitação ao direito fundamental do réu, deve ser útil ao fim colimado, contribuindo, assim, para sua fomentação; a necessidade estabelece a adoção da medida menos onerosa aos direitos fundamentais, ou seja, se o aplicador da norma identificar no sistema jurídico alternativas capazes de assegurar o objetivo pretendido pelo Estado com máxima eficácia impondo ao sujeito passivo reduzido ônus, deve aplicá-las em detrimento a restrição à liberdade, medida altamente prejudicial; proporcionalidade em sentido estrito impõe a ponderação entre os interesses buscados, visando sempre o equilíbrio entre a gravidade do injusto penal realizado e a sanção aplicada.

Assinala Sidney Eloy Dalabrida:

Por atingir gravemente a liberdade do agente, exposto de forma indefesa aos notórios efeitos criminosos do cárcere, com toda estigmatização que dela resulta, a fim de alcançar a solução justa ao caso, é condição fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas cautelares de coerção pessoal, notadamente à prisão preventiva, sob pena da custódia traduzir-se em pena antecipada, abusiva e injustificável^[31].

De fato o princípio da proporcionalidade deve ser levado em conta pelo legislador na elaboração da norma, e pelo juiz na sua interpretação.

Conclui-se que a custódia cautelar utilizada de forma desarrazoada vem a infringir o sistema jurídico, pois antecipa a culpabilidade do réu, adiantando a pena a ser aplicada ao caso concreto.

3 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1 A PRISÃO PREVENTIVA COMO ULTIMA RATIO

A prisão preventiva é espécie do gênero prisão cautelar, a qual visa restringir momentaneamente a liberdade do imputado em razão do perigo de dano que a mesma acarreta para o bom andamento do processo. Tal medida deve ser adotada pelo intérprete com a máxima ressalva, devendo ser utilizada como *ultima ratio* na proteção dos interesses estatais. É sabido que a restrição à liberdade do réu antes do término do litígio processual (julgamento em segundo grau) constitui elevado prejuízo aos seus direitos fundamentais. Sempre que possível deverá o Estado utilizar-se na persecução de seus objetivos de métodos cujo grau de lesão à figura do réu sejam ínfimos.

Dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira:

A prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer a necessidade.[\[32\]](#)

O legislador buscando concretizar essa característica de excepcionalidade do instituto da prisão preventiva, adequando o Código de Processo Penal à Constituição Federal, criou com a edição da Lei nº 12.403, de maio de 2011, um rol de medidas cautelares que deverão ser empregadas pelo juiz no resguardo do processo, e somente em caso de ineficácia, estará o julgador autorizado em decretar a custódia preventiva.

Elegeram-se um rol de hipóteses taxativas com o escopo de garantir o resultado útil da persecução criminal: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; monitoração eletrônica.

Tendo em vista o princípio da presunção da inocência, essas medidas devem ser embasadas em fatos concretos com o devido alicerce jurídico. Sendo assim, o legislador elegeu como requisitos para a sua decretação: a necessidade e a adequação. O primeiro critério abrange: a garantia aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal e a evitabilidade da prática de infrações penais, já o segundo requisito pressupõe análise do delito perpetrado (gravidade do crime e circunstâncias do fato) e da personalidade do seu autor (condições pessoais do acusado ou indiciado), buscando possibilitar ao julgador a utilização da medida cautelar adequada ao objetivo pretendido. Vale, destacar, que a custódia preventiva poderá ser imposta quando o imputado desrespeitar as obrigações cominadas pelo juízo, e este não possuir outro meio hábil para inviabilizar a atuação do réu (*ultimo ratio*).

Em suma, essa reforma buscou reduzir o encarceramento provisório, elencando diversas medidas cautelares que deverão ser obrigatoriamente aplicadas pelo julgador, caso preenchidos os seus pressupostos, e somente em casos excepcionais utilizar-se-á da prisão preventiva.

3.2 PRESSUPOSTOS PROBATÓRIOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Os pressupostos probatórios ou *fumus comissi delicti* estão presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual se subdivide em dois requisitos a serem verificados pelo julgador: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O primeiro pressuposto exige prova da existência do crime, não sendo lícito, portanto, a decretação da prisão preventiva quando houver dúvidas quanto à prática delituosa. A fim de cumprir essa condição deve-se avaliar a materialidade do injusto penal, analisando os vestígios deixados pelo crime, procurando, assim, comprovar com a máxima veracidade a existência do fato delituoso tipificado na legislação penal.

Sentencia Valdir Sznick:

Existência do crime é a existência do fato criminoso – a ocorrência de uma infração penal. É necessário que o fato imputado tenha existido e seja crime, em tese. Essa materialidade é o chamado “*corpus delicti*”, ou seja o corpo do delito. Comprova-se a existência do fato e que o mesmo, é um fato típico – ou seja fato capitulado no Código Penal (ou lei penal especial) como crime^[33].

Inadmissível é a imposição de medida quando houver meras suspeitas ou presunções quanto à ocorrência do fato criminoso, pois se não há certeza da prática delituosa, desproporcional é a sua adoção. A falta de um dos elementos caracterizadores da conduta criminosa veda a cominação da prisão preventiva, assim sendo qualquer circunstância excludente da antijuricidade e tipicidade impede a sua decretação.

Importante gizar que, havendo excludentes penais, deve o magistrado abster-se de decretar a prisão cautelar, pois sua existência tem condão de enfraquecer a própria essência do crime, tornando sua adoção desproporcional.

Além do pressuposto delineado, o *fumus commissi delicti* exige a presença de indícios suficientes de autoria. O legislador buscando evitar interpretações errôneas quanto ao conceito de indícios no artigo 239 do Código de Processo Penal dispõe que: “Considera-se indícios a circunstância provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Luiz Antônio Câmara, sobre o assunto, assim se manifesta:

Provada a materialidade do delito, não satisfazem à lei meras suspeitas de que este ou aquele indivíduo tenha sido o autor da infração. É certo que não se exige prova absoluta de que tenha o delito sido praticado por aquele cuja prisão se quer ver decretada ou se decreta. Todavia, devem todos os elementos colhidos do processo investigatório ou instrutório convergir para a demonstração de que a provável autoria de ilícito pode, com tranqüilidade, ser atribuída ao acusado.^[34]

Nessa diapasão, não é admitido a decretação da prisão provisória com base em simples suspeitas ou presunções, devendo existir fortes indícios suscetíveis de assinalar o imputado como provável autor do crime, cuja prova produzida no inquérito arcará com esse ônus. É oportuno frisar que apesar da exigência de indícios sólidos quanto a autoria, não é necessária prova plena da culpa

Diante do explanado observa-se que o *fumus commissi delicti* deve ser verificado preliminarmente pelo julgador quando eleger a custódia preventiva como medida necessária

3.3 PRESSUPOSTOS CAUTELARES PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Além do pressuposto acima apresentado, a imposição da prisão preventiva exige a presença do *periculum in mora*, consubstanciado na: ordem pública; ordem econômica; conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal.

Como é sabido, a restrição à liberdade é utilizada como medida de caráter excepcional, logo o constituinte subordinou as modalidades de prisão provisória ao princípio da legalidade, sendo vedado o recolhimento do acusado ao cárcere preventivo sob justificativa diversa da tipificada em lei. Cresce de relevo, destacar, que a assertiva do Magno Federici Gomes dispendo que “a discricionariedade está excluída nesse tipo de prisão, devendo ser observado, na sua aplicação, o princípio da legalidade”^[35].

3.3.1 Ordem Pública

O Código de Processo Penal foi construído com o escopo de restringir a margem de atuação do juiz, uma vez que sua interpretação deve estar vinculada a lei, cabendo ao julgador reconhecer no caso concreto a tipicidade legal, e após tal verificação, aplicar a tutela cautelar se permitido sua adoção.

É de competência do Poder Legislativo a eleição dos pressupostos legitimadores da preventiva, cabendo ao Poder Judiciário verificar no caso concreto a presença dos requisitos autorizadores da medida constritiva, e aplicá-los se a necessidade exigir. A legislação limita a atuação do magistrado no que tange ao encarceramento provisório delimitando sua atuação.

A propósito, ressalta Luiz Antônio Camâra:

É verdade que tal discricionariedade não é potestativa, não deixando de existir. É vinculada, cabendo ao juiz apenas averiguar se os fatos e as circunstâncias que os antecederam e seguiram, em estreita combinação com a posição subjetiva do acusado, encaminham para a decretação da custódia ou, distintamente, no sentido de pô-lo em liberdade onerada (provisório) ou não. O exercício feito pelo magistrado é discricionário porque foge a qualquer espécie de presunção legal absoluta ou relativa que imponha a cautela, operando em limites estreitos, mas não deixando de ter operatividade^[36].

O legislador ao prever a ordem pública como pressuposto cautelar deixou de conceituar o vocábulo restritivamente, ampliando demasiadamente o seu significado, possibilitando ao julgador o uso descomedido da discricionariedade na sua identificação, infringindo, assim, os preceitos traçados pela Constituição Federal na defesa à liberdade.

Arremata o mesmo autor:

A formulação de pressuposto, como inserta no art.312 do Código de Processo Penal. É assaz perigoso para a liberdade dos indivíduos. Formulado em termos tão genéricos, deixa ao juiz uma margem exagerada de apreciação. Assim, é extremamente fácil retirar a liberdade dos cidadãos, sob o pretexto de que se o faz para << para garantir a ordem pública >>. A experiência mostra que o perigo não é puramente teórico. A inserção do pressuposto cautelar com tão ampla margem interpretativa é, inclusive, contrária à lógica sistemática não só do processo penal cautelar, como, inclusive do próprio processo penal, contrapondo-se à discricionariedade recognitiva que deve conduzir os atos decisórias em sede de cautela penal”[\[37\]](#).

O sistema penal em harmonia com a Lei Maior repudia a indeterminação conceitual da expressão ordem pública, pois é demandado para a decretação da custódia preventiva vinculação total do julgador a lei, repelindo qual discricionariedade. A carência de exatidão na conceituação do preceito, bem como a amplitude de seu significado, tende a ocasionar prejuízos ao réu, vez que possibilita ao magistrado restringir sua liberdade sempre que lhe for conveniente, colocando, assim, o imputado diante do arbítrio Estatal. Neste mesmo sentido sustenta Sidney Eloy Dalabrida que, “a idéia de ordem pública em verdade, constitui um recurso retórico utilizado com o propósito de superar os limites impostos pelo princípio da legalidade strita”[\[38\]](#), pois através desse vocábulo, o legislador alargou as hipóteses de cárcere preventivo, depositando nas mãos do magistrado amplo poder discricionário, abrangendo “todas aquelas finalidades a segregação que

não se ajustam às exigências de natureza cautelar, constituindo formas de restrição da liberdade, à título de defesa social”[39].

A ordem pública, segundo Valdir Snick é o estado de tranquilidade e paz social da comunidade, possibilitando o pleno desenvolvimento das relações sociais e econômicas da vida cotidiana, cujo estado de serenidade é afetado pela prática reiterada de delitos[40], exemplifica o autor: “Essa tranquilidade pode ser ameaçada pelo réu, especialmente quando está cometendo uma série de crimes, ou quando age por meio de quadrilhas, que causam insegurança a população”. [41]

No mesmo sentido, ensina Rangel:

Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modus vivendi em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais[42].

Tal definição de ordem pública autoriza a reclusão provisória quando verificada a existência de provas da personalidade voltada para a prática delituosa do imputado.

Nessa perspectiva, explica Mirabetti:

Para garantir a ordem pública, visará o magistrado ao decretar a prisão preventiva evitar que com a medida o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida[43]

Vale salientar que, a gravidade abstrata do delito por si só não autoriza a restrição preventiva da liberdade, já que a Magna Carta ao prever o princípio da presunção da inocência abrangeu todos os imputados pela prática delituosa, sem distinguí-los pela natureza do crime atribuído, logo é necessário ao magistrado constatar no caso concreto, indicativos capazes de demonstrar a periculosidade do imputado, e conseqüentemente a probabilidade de reincidência.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO (CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE E GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INDÍCIOS DE AUTORIA. NULIDADE DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA. ARGUMENTOS RECURSAIS QUE SE CONTRAPÕEM ÀS AFIRMAÇÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 2. In casu, havendo prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva justifica-se, na hipótese, pela gravidade concreta da conduta, revelada pelo modus operandi do delito. O recorrente é acusado de participar de crime de roubo à residência, cometido por pelo menos 5 pessoas encapuzadas,

portando armas, com coletes à prova de bala e rádio comunicador na frequência da Brigada Militar, o que indica forte premeditação e dedicação à atividades criminosas, havendo troca de tiros com a polícia durante a fuga, o que demonstra a periculosidade dos envolvidos. 3. Afirmado pelo acórdão recorrido que a prisão do recorrente somente foi decretada após a quebra do sigilo telefônico requerida pela autoridade policial e deferida pelo juízo, quando se pode aprofundar os indicativos de participação no crime em investigação, maiores considerações a respeito demandariam dilação probatória incompatível com a via eleita. 4. Recurso ordinário desprovido.[\[44\]](#)

Os Tribunais Superiores em repetidas decisões vêm entendendo que a ordem pública como pressuposto para a decretação da preventiva, visa resguardar o meio social da prática reiterada de condutas criminosas perpetradas pelo acusado, pautando sempre essa averiguação em demonstrativos concretos.

Não resta dúvida que ao submeter o significado de ordem pública a condição de reincidente, realiza-se prévio juízo de culpabilidade, o qual segundo Demando Junior baseia-se em dupla presunção: a primeira referente ao cometimento do injusto penal, enquanto a segunda é pautada na probabilidade de reiteração criminosa, infringindo assim, a Magna Carta[\[45\]](#)

Diante dessa indeterminação conceitual é de grande importância a regulamentação desse vocábulo pelo legislador, restringindo, assim, a atuação do juiz. Enquanto isso não acontece, a prisão preventiva com fundamento na ordem pública deve ter como parâmetro a gravidade in concreto do crime, revelada pelo modus operandi, e a propensão à reiteração delituosa constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

3.3.2 Ordem Econômica

Com a edição da Lei nº8.884 de 11.6.94 a ordem econômica foi incluída como pressuposto para a decretação da prisão preventiva, o que veio a alterar a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, tenta conceituar esse vocábulo, apesar de todas as dificuldades encontradas em virtude de sua abrangência. Para o autor, ordem econômica defini-se como: “aquele conjunto de princípios estabelecidos na Constituição Federal, e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põe em prática aquela mesma atividade^[46].”

Assim, a ordem econômica consiste em um aglomerado de normas criadas pelo Estado com objetivo de limitar a atuação dos detentores dos meios de produção e do poder na exploração de sua atividade econômica.

Tendo em vista o objeto da ordem econômica, muitos autores criticam a adoção da prisão preventiva com o fim de resguardá-la, uma vez que o encarceramento provisório só deve ser utilizado como *ultima ratio*, sob pena de infringir o princípio da presunção da inocência.

Como é sabido a prisão preventiva é uma espécie de cautelar, devendo ser utilizado somente em situações excepcionais, visando resguardar o processo de eventuais danos provocados pela liberdade do acusado.

A expressão ordem econômica não guarda nenhuma relação com o processo criminal, assim, não deveria ser utilizada como embasamento para a restrição da liberdade preventiva do imputado.

A sua inclusão como fundamento para a decretação da prisão preventiva buscou reprimir e impingir medo aos detentores do capital que vierem a perpetrar crimes de alta periculosidade ao mercado financeiro. Apesar da figura do acusado não representar risco a integridade física dos membros da sociedade como acontece ao se decretar a custódia preventiva com base na ordem pública, os efeitos do cometimento de delitos econômicos, muitas vezes é tão prejudicial à coletividade quanto a criminalidade violenta, e é por isso que o legislador buscou desestimular a prática dessa espécie de injusto penal. Além disso, buscou-se mostrar a

população que os poderosos, detentores do capital econômico, também são penalizados.

Sobre a cominação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, relata Fernando Tourinho Filho:

Sua finalidade ao que tudo indica, repousa na satisfação que se pretende dar, com forte dose de demagogia, à grande maioria da população carente, sempre ávida de querer fazer cair quem quer que seja em nível superior. Se a providencia tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, a safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que estabeleçam sanções em relação a pessoa jurídica: fechamento por determinado prazo, aumento desse prazo nas recidivas, impossibilidade de, durante certo tempo, fazer empréstimos em quaisquer estabelecimentos de crédito etc. Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial, ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses Shylocks da vida, meter-lhe a mão no bolso é pior que prisão[47].

No mesmo sentido ensina, Eugenio Pacelli:

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica mais adequada é o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre perdas econômicas generalizadas[48].

É visível que tal inserção visa a punição antecipada do acusado, visando desestimular a pratica desse tipo de crime, algo inadmissível no sistema jurídico brasileiro.

3.3.3 Conveniência da Instrução Criminal

O processo penal é o instrumento colocado a disposição do Estado para o exercício do *ius puniendi*. Busca-se a reconstrução fática do crime exteriorizado com o escopo de possibilitar ao julgador o conhecimento dos fatos necessários para a formação de convicção, viabilizando seu pronunciamento definitivo.

O arcabouço probatório produzido no processo judicial advém da instrução criminal. Buscando resguardar essa fase, o legislador inseriu a conveniência da instrução criminal como fundamento para a decretação da prisão preventiva.

Assim essa custódia excepcional deverá ser decretada sempre que a liberdade do acusado se dirigir a contaminar as provas a serem produzidas no processo. Destaca, Hélio Tornaghi que “tratando-se de providência restritiva de liberdade, deve entender-se conveniente a prisão para instrução criminal somente quando estritamente necessária, isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia”^[49].

Busca-se coibir o exercício de condutas destinadas a comprometer o regular desenvolvimento do processo, confirmando o caráter instrumental e cautelar dessa medida na tutela do processo.

Wladimir Albuquerque D’Alva exemplifica determinadas situações capazes de legitimar a imposição da prisão preventiva:

A invocação da conveniência da instrução criminal para a decretação da prisão preventiva deverá ser observada sempre que estiver o indiciado ou acusado intimidando, ameaçando, ou afugentando testemunhas que possam contra ele depor; se estiver subornando afrontando perito, ameaçando a vítima ou parente desta, fazendo desaparecer provas, ou aliciando testemunhas. Quando a liberdade do acusado colocar em risco a colheita de provas pela possibilidade efetiva de destruição intencional dos vestígios; ocultação de objetos relacionados com o crime, tal poderá ser também causa do decreto prisional^[50]

Cresce de relevo, destacar, que para o encarceramento preventivo com fundamento na conveniência da instrução criminal é necessário a existência de fatos capazes de comprovar a interferência do imputado na colheita das provas, prejudicando-a. Deve o juiz demonstrar concretamente a probabilidade de dano a instrução. Terminada a fase de produção de provas, deverá o acusado ser libertado, pois o fundamento que embasou a prisão se extinguiu.

Corroborando com esse entendimento, José Carlos Mascari Bonilha:

Para que se afira a conveniência da prisão do réu para a instrução processual, torna-se necessário que nos autos existam provas concretas de que este esteja tumultuando a produção probatória. Simples alegações de que o réu está desaparecendo com as provas do crime, aliciando testemunhas, etc..., não autoriza a decretação da prisão, se não houver provas concretas desses fatos nos autos[51].

Portanto, é inadmissível a restrição à liberdade com embasamento em simples suposições, devendo pautar-se em circunstâncias concretas.

Diante do explanado, observa-se a natureza cautelar desse requisito no amparo ao processo.

3.3.4 Garantia de Aplicação da Lei Penal

O processo penal é instaurado pelo Estado para apurar a ocorrência do injusto penal, legitimando o exercício do seu poder de punir, contudo é sabido que essa análise se alastra no tempo, e de nada adiantaria a existência de um processo garantidor do contraditório, entre outras garantias inerentes ao devido processo legal, se com o seu término, o Estado tivesse frustrada sua intenção de sancionar o infrator. Como anota Campos Barros “O perigo de fuga do indiciado ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal”[52]. Nesses casos a credibilidade do Estado é afetada, pois o acusado pela prática delituosa além de subverter a ordem na sociedade, utiliza-se de meios para impedir a aplicação da lei penal.

Buscando evitar a fuga do réu antes do término do processo, o legislador inseriu como um dos pressupostos cautelares, a garantia de aplicação da lei penal.

Nessa diapasão, quando houver razões plausíveis, fundamentadas em circunstâncias concretas, capazes de demonstrar o intuito de subtração do imputado à lei penal, deve o juiz restringir-lhe a liberdade. Dessa forma, a custódia preventiva não pode em hipótese alguma ser decretada com suporte em meras especulações e presunções abstratas.

Neste particular, observa Eugênio Paccelli:

A prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado, e assim, risco de não aplicabilidade da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de meras especulações teóricas dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação de riqueza[53].

Wladimir Albuquerque d'Alva cita algumas de circunstâncias para o encarceramento do imputado com fundamento na garantia da aplicação da lei penal:

Sempre que existir o periculum in mora deverá o juiz decretar a medida cautelar, havendo razões palpáveis no sentido de que o indiciado ou o réu tentará se livrar do cumprimento da possível pena. Podemos citar os seguintes exemplos que justificariam a aplicação da prisão preventiva: não ser o indiciado nativo do distrito onde ocorreu o crime, havendo elementos concretos de que ele poderá evadir-se, estando o mesmo se desfazendo injustificadamente de seus bens de raiz, como também se estiver pretendendo mudar-se para local incerto, não sabido ou distante[54].

Em suma, é de relevante importância para o processo penal a utilização da prisão preventiva como meio de assegurar a aplicação de sanção penal ao Estado, desde que pautada em elementos concretos.

3.4 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA

Para se decretar a custódia preventiva, o juiz deverá verificar a presença dos pressupostos probatórios ou *fumus comissi delicti* (materialidade do delito e indícios de autoria), e dos pressupostos cautelares ou *periculum libertatis* (ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), e após a observação de ambos, deverá analisar a natureza e qualidade do delito exteriorizado, verificando se autorizada a decretação da prisão preventiva.

O legislador excluiu alguns delitos do rol autorizador da prisão preventiva, em razão de sua natureza, pois se não entendesse assim teríamos a adoção dessa medida de forma desarrazoada, haja vista que sua imposição seria mais gravosa ao imputado do que a própria sanção a ser aplicada.

Nesse interim, é inaceitável no sistema penal brasileiro, o encarceramento provisório nos crimes culposos e contravenções penais. Dispõe Valdir Sznick:

A prisão preventiva não deve ser decretada em crimes que sejam considerados como pequenas infrações (pequenas tendo em vista a pouca lesividade que causam aos ofendidos). Assim, a infração no caso deve se revestir de gravidade acentuada e a sua pena deve ser elevada, até certo ponto, a justificar a custódia cautelar^[55].

E é com esse intuito que o art. 313 do Código de Processo Penal, prevê as hipóteses que legitimam a adoção dessa cautelar: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -

Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida

3.5 A NECESSIDADE DA LEI EM DETERMINAR PRAZOS CLAROS E OBJETIVOS PARA A IMPOSIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A cominação da prisão preventiva aflige a liberdade do imputado, sujeito considerado inocente, logo seu alcance, bem como sua duração devem ser regulamentadas pela lei.

Tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado, liberdade, e os princípios constitucionais vigentes, observa-se que a custódia cautelar está vinculada diretamente a lei, repudiando-se incertezas e arbítrios. Nessa diapasão, deve a regra jurídica descrever as hipóteses que validam a sua incidência, além de mensurar sua duração.

A lacuna atinente ao prazo acarreta insegurança jurídica, pois o autor do injusto penal desconhecerá previamente o tempo que permanecerá em cárcere provisório, estando vinculado a critérios subjetivos do julgador.

Dispõe Delmanto Junior que a ausência de prazo “abre espaço para interpretações elásticas e discricionárias, não conciliáveis com o dever estatal de prestação jurisdicional certa e segura”^[56], e continua o autor “o ideal seria que a lei ordinária estipulasse prazos claros e peremptórios de duração da prisão cautelar, que abrangesse toda a instrução e o julgamento, com limitadas e objetivas hipóteses de dilação, restringindo-se a arbitrariedade judicial”^[57].

Portanto, é inadmissível em um Estado Democrático de Direito regido pelo princípio da reserva legal e da presunção da inocência, a aceitação de prazos decorrentes do arbítrio do julgador, que tendem a variar de acordo com sua conveniência.

Cresce de relevo citar o ordenamento jurídico de alguns países europeus preocupados em proteger a sociedade contra a discricionariedade do juiz. Nesses países, o legislador prevê prazos máximos de custódia preventiva, além exigir revisões periódicas dos fatos que a determinaram, evitando possíveis abusos na sua utilização. A Espanha leva em conta a pena em abstrato para regulamentar o prazo máximo dessa medida, podendo durar até um ano se a pena atribuída ao crime não ultrapassar três anos, e até dois anos se ultrapassar, prorrogada até seis meses no primeiro caso, e dois anos no segundo. Na Alemanha determina-se que a prisão provisória não pode exceder seis meses, salvo se a dificuldade do caso exigir prazo maior, o qual será prorrogado, contudo a cada três deverá o tribunal analisá-lo. Em Portugal os fundamentos que ensejam a custódia cautelar devem ser revisados a cada três meses, além de não ser admissível a permanência do imputado ao cárcere se em dois anos não houver trânsito em julgado, ou dezoito meses sem sentença, salvo a gravidade do crime.[\[58\]](#)

A omissão do legislador pátrio sobre essa importante matéria ofende a princípios constitucionais, pois desrespeita o acusado, no que tange a sua liberdade, a qual vem a ser limitada com alicerce em critérios discricionários, eminentemente subjetivos, propiciando encarceramentos provisórios infinitos, bem como o esquecimento de muitos brasileiros em penitenciárias, acarretando excessivo sofrimento ao sujeito que segundo a Magna Carta é considerado inocente até prova em contrário.

É sabido que a prestação jurisdicional em nosso país é extremamente morosa em razão da alta quantidade de processos aglomerados dia-a-dia nas prateleiras de nossos tribunais, aliada a falta de estrutura do Poder Judiciário em analisá-los de forma célere. A deficiência de aparelhamento estatal para a investigação e o julgamento das condutas delituosas, inviabiliza a celeridade na prestação jurisdicional. Não se pode admitir que o réu suporte tal carência, permanecendo em cárcere durante toda a morosidade do procedimento extrajudicial e judicial, realidade corriqueira na atualidade. Assim sendo, é intolerável em um Estado de Direito, a decretação da prisão preventiva sem um prazo previamente fixado, sob pena de casos idênticos receberem tratamentos distintos.

Para mudar essa triste realidade, na qual o arbítrio do julgador vigora, deve o legislador determinar prazos máximos para o encarceramento provisório, vez que é o preceito legal que impõe os limites ao Estado na restrição da liberdade do acusado.

4 CONCLUSÃO

Ao realizar esse trabalho conclui que o sistema adotado pelo Brasil no que tange a prisão preventiva é de extrema precariedade, encontrando-se em dissonância aos parâmetros traçados pela Constituição Federal na defesa do imputado pela prática do injusto perante o arbítrio Estatal.

É sabido que essa medida é extremamente gravosa ao réu em razão do sofrimento acarretado no seu cumprimento, somada ao fato da precariedade existente na estrutura do sistema carcerário brasileiro, cuja função de reabilitação encontra-se abolida, bem como a estigmatização popular decorrente da restrição à liberdade do réu. Por esses fatores, entre outros, que a sua adoção somente é autorizada em situações excepcionais. Contudo a realidade atual nos demonstra que o encarceramento provisório consubstancia na regra vigente, e a liberdade passou a ser exceção, desfigurando o instituto da prisão preventiva. Essa deformidade jurídica advém da generalidade dos pressupostos cautelares contemporâneos insculpidos no Código de Processo Penal, pois amplificam demasiadamente as significações de seus vocábulos, possibilitando a heterogeneidade de interpretações, infringindo o princípio constitucional da legalidade.

Dessa forma é imprescindível a substituição desses requisitos cautelares vagos e de ampla significação, por vocábulos claros e exatos, não deixando margem para a discricionariedade do julgador, compatibilizando esse instituto aos preceitos ditados pela Magna Carta.

A regulamentação de prazos para a duração da custódia cautelar é outro importante fator para a proteção do réu, e conseqüentemente a restrição do *ius puniendi* do Estado, colocando fim a triste realidade que nos cerca, onde diversos cidadãos são encarcerados, e esquecidos pelo Poder Judiciário em suas celas.

O legislador buscou com a modificação realizada pela Lei nº 12.403, de maio de 2011, alterar esse quadro de banalização do uso desse instituto na constrição à

liberdade do acusado, atitude essa digna de aplausos, pois aloca um rol de medidas cautelares como meio substitutivo ao encarceramento, porém silenciou quanto a amplitude dos pressupostos cautelares, bem como a regulamentação de prazos para a duração da custódia preventiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. Garantia da Publicidade do Processo e a Divulgação de Atos Processuais pela Mídia: Limites e Precauções Atinentes ao Processo Civil. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/helena_najjar_abdo> acesso em: 05 de maio de 2011.

ALVA, Wladimir d' Albuquerque. **Da Prisão Preventiva**. Fortaleza: ABC, 2004

AMARO, Mohamed. **Código penal na expressão dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2007

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e evolução do direito penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**: (modificações da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: M. Claret, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e sociedade**. 2. tiragem Curitiba: Juruá, 2000

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589114>

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1.ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá. 2005

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante, preventiva e temporária**. 2.ed. São Paulo:Lemo & Cruz, 2003

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência : comentários à lei antitruste**. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991

GOMES, Magno Frederici; TRINDADE, Hugo Vidal. A Compatibilidade entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.9, n.53.dez-jan.2009

GUIMARAES, Rovane Tavares. **A Prisão no direito brasileiro: comentários, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão: relato da experiência de uma justiça criminal alternativa**. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1 v

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 2 v

MACHADO, Agapito. **Prisões**: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000

MACHADO, Antonio Alberto. **Prisão Preventiva**. São Paulo: Acadêmica, 1993

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coord.). **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v

Ministério da Justiça do Brasil. **Penas Alternativas**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID9DBD6DCA42934BBEB3799BE849A1AE82PTBRIE.htm> > acesso 12 de fevereiro de 2011

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: da sua indevida aplicação, conseqüências e fundamentos à sua reparação. Brasília: Brasília Jurídica, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais trazidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

PRADO, Geraldo L. M. **Opinião pública e processo penal**. In: PRADO, Geraldo L.M; VIANNA, Guaraci de Campos; SANTOS, Willian Douglas Resinente dos (Org).

Ensaios Críticos sobre Direito Penal e Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris : ICPC, 2007

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v

TOURINHO FILHO, Fernando. Considerações sobre a Prisão Preventiva. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.6, n.34, out-nov.2005.

NOTAS:

[1] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: M. Claret, 2002. p.19

[2] Id.

[3] AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e evolução do direito penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997. p.50

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e sociedade**. 2. tiragem Curitiba: Juruá, 2000.p.236

[5] AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e evolução do direito penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997. p.51

[6] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1 v.p.2

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 6-7

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e sociedade**. 2. tiragem Curitiba: Juruá, 2000 p.244

[9] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.23- 24

[10] Ibid. 1993. p. 29

[11] Ibid. 1993. p.5

[12] AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e evolução do direito penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997. p.51

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e sociedade**. 2. tiragem Curitiba: Juruá, 2000. p. 249

[14] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1 v. p.3

[15] AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e evolução do direito penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997. p.65

[16] Id.

[17] GUIMARAES, Rovane Tavares. **A Prisão no direito brasileiro: comentários, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p.3

[18] Ibid. 1988. p.4

[19] GUIMARAES, Rovane Tavares. **A Prisão no direito brasileiro: comentários, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988 p.4

[20] Id

[21] Ibid. 1988. p.5

[22] BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**: (modificações da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.45

[23] GUIMARAES, Rovane Tavares. **A Prisão no direito brasileiro**: comentários, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris.1988. p.7

[24]SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.288

[25]MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v. p. 23

[26]OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p.465

[27]MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v. p.17

[28]TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª edição. Belo Horizonte 2003, Del Rey p.162

[29]LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.1 apud FERRAJOLI, 1999. p.14

[30]Ibid.1991. p.37

[31]DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1.ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá. 2005 p.83

[32] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p.487

[33]SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.441

[34]CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997 p.115

[35]GOMES, Magno Frederici; TRINDADE, Hugo Vidal. A Compatibilidade entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.9, n.53.dez-jan.2009 p.29

[36] CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997 p.83

[37] Ibid. 1997 p.118

[38] DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1.ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá. 2005p 96

[39] DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1.ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá. 2005 p 96

[40] SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.443

[41] Id

[42] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 p.590

[43] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.803

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública. RHC nº 81.448/RS. Recorrente: Luciano Sant Anna Brum. Impetrado: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 05 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso 10/05/2017

[45] DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179

[46] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência** : comentários à lei antitruste. 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001 p.81

[47] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Considerações sobre a prisão preventiva. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.6 n.34 , p.5-17, out./nov.2005 p.16

[48] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p.490

[49] TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v p.87

[50] ALVA, Wladimir d' Albuquerque. **Da Prisão Preventiva**. Fortaleza:ABC.2004.p.42

[51] MASCARI BONILHA, José Carlos. Prisão Preventiva. In MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coord.). **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

p.263

[52] BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal**. Rio de Janeiro:Forense, 2002. p.201

[53] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p.489

[54] ALVA, Wladimir d' Albuquerque. **Da Prisão Preventiva**. Fortaleza:ABC.2004.p.42

[55] SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.448

[56] DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p.264

[57] Id

[58] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5 ed. V.1 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p.166

A TEORIA DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO TEMPO PRODUTIVO

**LETÍCIA CRISTINA VASQUES
DA SILVA:** Acadêmica do Curso
de Direito da Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ (Orientadora)

RESUMO: Este artigo abordará e debaterá as implicações da perda do tempo produtivo e a indenização decorrente da responsabilidade civil por parte dos fornecedores nas relações de consumo. Será analisada a importância do tempo na vida moderna, bem como a sua positivação como bem jurídico relevante, carecendo de tutela pelo Estado, visando punir aquele que submete outrem a seu dispêndio excessivo e injustificado. Dar-se-á uma atenção maior a teoria da perda do tempo e se explanará sobre a responsabilidade civil. Por se tratar de uma tese relativamente nova, há desacordo sobre a quantificação da eventual condenação, bem como acerca do valor compensatório da perda do tempo à luz do princípio da função social.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, consumidor, fornecedor.

ABSTRACT: This article will talk and discuss about implications of the loss of productive time and the reparation that results from civil responsibility by providers on the consumer relations. It will be analyzed the importance of time in modern life, as well as its positivation as a relevant legal good, that needs to be tutelaged by the State so it can punish who submits another to excessive and unjustified expenditure of time. It will be appreciated with more attention the theory of time loss and will be explained about civil responsibility. As it is a relatively new thesis, there are disagreements about quantification of an eventual conviction as well as about indemnity amount of time loss in the light of the principle of social function.

Keywords: Civil responsibility, consumer, supplier.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O TEMPO E SUA RELEVÂNCIA. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL E INDENIZAÇÃO. 2.1 RESPONSABILIDADES CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3. TEORIA DA PERDA DO TEMPO PRODUTIVO E O DEVER DE INDENIZAR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É lastimável a perda do tempo e é por isso que há a necessidade de considerá-lo como bem a ser protegido. Sabe-se que as diversas questões que cercam o dia-a-dia implicam em algum tempo para ser desempenhadas, o que leva a compreender que é completamente natural “perder” ou “investir” tempo para tratar das questões cotidianas, inclusive daquelas relacionadas ao consumo. Contudo, quais são as consequências enfrentadas quando a solução de simples demandas de consumo extrapolam os limites da razoabilidade?

À medida que as pessoas ocupam-se com seus afazeres pessoais e profissionais surge a necessidade de amoldamento constante dentro do parâmetro organizacional, tendo em vista que o tempo encurta-se, causando a precisão de economizá-lo e utilizá-lo da melhor forma possível. O parâmetro organizacional caracteriza-se pela necessidade de conciliação das obrigações diárias do ser humano, como estudar, trabalhar e cuidar dos afazeres domésticos. Desta forma, tantas outras atividades são deixadas em segundo plano devido à falta de tempo, como dedicar-se mais efetivamente ao convívio familiar, ao lazer, dentre outras.

O presente trabalho justifica-se levando em conta que o tempo atualmente enquadra-se como fator de extrema importância para os homens, que buscam sempre utilizá-lo da forma mais eficaz possível, não fazendo sentido a sua perda injustificada. É por esta razão que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo material, dê ensejo a uma reparação.

Quando está diretamente em pauta um interesse econômico, o tempo exerce uma função fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora e da possibilidade de indenização por lucros cessantes. Já no tocante aos direitos não patrimoniais, o tempo, pela sua escassez, é um bem inestimável, tendo um valor que ultrapassa sua dimensão econômica.

Passar horas na fila do banco ou ao telefone para tentar o reparo de um produto ou o cancelamento de um serviço, por exemplo, são situações em que o consumidor se desgasta e, muitas vezes, deixa de cumprir com seus demais deveres.

A metodologia utilizada neste artigo deu-se por pesquisas em livros, sites, códigos, e jurisprudências. Serão aqui revisitados os conceitos de

Sérgio Cavalieri Filho (2014 e 2015), Marcos Dessaune (2014), Pablo Stolze (2013) e Hegel (1997).

Buscar-se-á uma análise da incidência de responsabilidade civil dos fornecedores nas relações de consumo pela perda do tempo produtivo de seus consumidores e, conseqüentemente, o dever de indenizar dos primeiros para com os segundos. Frisar-se-á o papel essencial que o tempo exerce na vida humana, bem como a teoria que envolve a sua perda ocasionada por fornecedores em face de seus respectivos consumidores, para que, a partir daí, mais pessoas possam inteirar-se da dimensão dessa problemática, na busca de meios inibitórios e reparatórios dos danos eivados.

1. O TEMPO E SUA RELEVÂNCIA

O tempo é fator propulsor das relações humanas. Desde as mais remotas das civilizações até os dias atuais, só se desencadearam incontáveis acontecimentos em virtude dele.

O tempo é dividido em três dimensões: passado, presente e futuro. Sua medida torna-se subjetiva quando cada ser a pode entender de forma diversa, de acordo com determinada situação. Em se tratando de uma situação aprazível passa rapidamente, enquanto, em contrapartida, em se tratando de uma situação árdua passa lentamente. O homem, como ser mortal que o é, é afetado pelo tempo de uma forma diferente da do espaço.

Na mitologia grega havia o Deus Chronos, o Deus do Tempo, que, conforme a lenda, devorava seus próprios filhos, numa menção clara à ideia de que tudo será consumido pelo tempo.

Nesse sentido, tem-se o seguinte ensinamento filosófico de Hegel:

No tempo, diz-se, tudo surge e [tudo passa] perece; se se abstrai de tudo, a saber, do recheio do tempo e igualmente do recheio do espaço, fica de resto o tempo vazio como o espaço vazio - isto é, são então postas e representadas estas abstrações de exterioridade, como se elas fossem por si. Mas não é que no tempo surja e pereça tudo, porém o próprio tempo é este vir-a-ser, surgir e perecer, o abstrair essente, o Kronos que tudo pare, e que seus partos destrói [devora]. - O real é bem diverso do tempo, mas

também essencialmente idêntico a ele. (HEGEL, 1997, p. 55).

A priori, o tempo não era um assunto tão discutido, talvez porque não fosse necessária tanta pressa para realização dos afazeres cotidianos. Todavia, inúmeros fatores, tais como o desenvolvimento tecnológico e a massificação do consumo, têm exigido um maior cuidado com esse bem.

Pode-se dizer que o tempo é claramente um bem por conta de sua importância, visto que é ininterrupto e irrecuperável. É um recurso produtivo, pois as pessoas querem sempre mais tempo para investir em qualidade de vida. É também algo escasso, uma vez que os indivíduos detêm menos tempo do que gostariam.

Pablo Stolze Gagliano (2013) postula: “isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata, aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós”.

Juridicamente falando, o transcurso do tempo é um fato jurídico em sentido estrito por se tratar de um acontecimento independente da vontade humana hábil a produzir resultados de cunho jurídico, criando, alterando ou extinguindo direitos, como ocorre com os institutos da prescrição e da decadência.

Por fim, vale destacar que compete privativamente ao sujeito gozar de seu tempo da maneira que julgar conveniente, seja para trabalhar, estudar, dedicar-se ao convívio familiar, dentre outras hipóteses. Sendo assim, o abuso para com o tempo alheio por parte de outrem pode vir a lesioná-lo. Essa lesão torna-se ainda mais grave se advém de alguém que deveria atender o sujeito da forma mais eficaz e célere possível, quais sejam, os fornecedores de bens e serviços, dos quais será falado adiante.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E INDENIZAÇÃO

Para se entender a responsabilidade civil far-se-á um breve apanhado sobre obrigação. Obrigação é a relação jurídica entre dois sujeitos na qual um deles tem direito de se valer de uma prestação do outro, a qual pode ser de dar, de fazer ou de não fazer.

Uma vez descumprida a obrigação nasce a responsabilidade civil, sendo esta o dever de reparar um dano decorrente de um ou de uma série de ato(s)

praticado(s). Ela pode ser decorrente de um contrato ou até mesmo extracontratual, conforme se verá mais adiante. Vejam o que nos ensina Sérgio Cavalieri Filho em seu livro “Programa de Responsabilidade Civil” sobre as causas que geram obrigação de indenizar:

As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: (a) ato ilícito (stricto sensu), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; (b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; (c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei a aqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; (d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); (e) violação de deveres especiais impostos pela lei a aquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; (f) ato que, embora ilícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade). (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 20).

A responsabilidade civil é embasada em um tripé que se configura pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. O artigo 186, CC diz respeito ao ato ilícito, o qual depende da constatação da culpa. O 187, por sua vez, trata do abuso de direito, no qual não há necessidade de constatação de culpa. Já o art. 927 subdivide-se em duas partes, sendo que na primeira delas (caput) confirma os artigos 186 e 187, explicando que toda vez que um ato ilícito ocasione um dano nasce o dever de indenizar e a segunda parte (parágrafo único) diz respeito à responsabilidade sem constatação de culpa, que pode decorrer da Lei ou de uma atividade de risco.

O instituto da responsabilidade civil surgiu da necessidade social, pois se entende que as relações jurídicas precisam estabelecer certo controle perante um

dano, visto que o ocasionador do prejuízo não poderia ficar impune por seu ato e muito menos quem sofreu o prejuízo ficar sem reparação.

Dentre as formas de responsabilidade civil tem-se uma modalidade recente, a qual é objeto do presente artigo científico, que é a obrigação de indenizar pela perda do tempo produtivo, ou, simplesmente, a chamada teoria do desvio produtivo do consumidor. No caso concreto a seguir, uma apelação julgada pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de sentença que condenou uma agência bancária a indenizar um cliente em razão da permanência do mesmo por aproximadamente uma hora e meia na fila do banco, a agência tentou desobrigar-se da responsabilidade, mas não obteve êxito, pois era obrigação do banco disponibilizar um serviço de qualidade, o que não se verificou e ficou entendido como um fato que foi além do mero aborrecimento:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO SOB O RITO SUMÁRIO – DEMORA NA FILA DO BANCO – CONSUMIDOR QUE PERMANECEU ESPERANDO POR APROXIMADAMENTE UMA HORA E MEIA NA FILA DO BANCO - SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO AUTURAL PARA CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DE R\$3.110,00 DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - APELA A EMPRESA RÉ AFIRMANDO QUE SE O CONSUMIDOR FICOU NA FILA, FOI POR SUA ESCOLHA, JÁ QUE OFERECE TERMINAIS DE AUTO-ATENDIMENTO – CONTINUA AFIRMANDO QUE NÃO HÁ PROVAS DE QUE O AUTOR FICOU REALMENTE NA FILA DO BANCO POR DUAS HORAS, POIS PODERIA TER PEGO A SENHA, SAÍDO DA FILA E RETORNADO MAIS TARDE – POR FIM, ALEGA QUE A DEMORA NA FILA CONSTITUI MERO ABORRECIMENTO, O QUAL NÃO GERA DANO MORAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 75 DO TJRJ – NÃO ACOLHIMENTO – O RÉU NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR - RESTOU CARACTERIZADA A VIOLAÇÃO AO DEVER DE QUALIDADE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR - SÃO INACEITÁVEIS AS ALEGAÇÕES DO APELANTE DE QUE O AUTOR PODERIA TER REALIZADO O PAGAMENTO DAS CONTAS POR TERMINAIS

DE AUTOATENDIMENTO, UMA VEZ QUE CABE A ESTE OPTAR PELO MEIO QUE AVALIE MAIS CONVENIENTE, CABENDO, POR CONSEQUINTE, AO BANCO DISPONIBILIZAR UM SERVIÇO DE QUALIDADE, O QUE NÃO SE VERIFICOU - DESSA FORMA, ENTENDE-SE QUE OS FATOS NARRADOS PELO CONSUMIDOR ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO COTIDIANO, EM RAZÃO DE TER ESPERADO NA FILA DO BANCO POR QUASE 02 HORAS, PERDENDO TEMPO PRODUTIVO, ENSEJANDO O DEVER DE INDENIZAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

O Código Civil, no artigo 927, estabelece que, aquele que cause dano a outrem em virtude de ato ilícito fica sujeito a repará-lo. Sendo assim, a prática de ato ilícito ocasiona o dever de compensação por parte de seu causador para com a vítima. Porém, não necessariamente toda obrigação de indenizar emana de ato ilícito, bastando que, para que haja a responsabilidade civil, ocorra violação de direito que, por conseguinte, venha a causar prejuízo a alguém, sob condição de observância a alguns pressupostos. Esses pressupostos se resumem em conduta (ação ou omissão humana), nexos causal e dano (moral ou patrimonial).

O direito obrigacional adota uma teoria dualista quanto à obrigação, dizendo que a mesma é composta por um débito (shuld) e por uma responsabilidade (haftung), os quais, via de regra, recaem sobre um mesmo sujeito, sendo que, excepcionalmente, recairão sobre sujeitos diversos quando se tratar das situações elencadas no art. 932 do Código Civil, nas quais alguém terá responsabilidade por um débito de outrem, ou seja, situações em que a responsabilidade civil não será subjetiva, ou seja, dependente de comprovação de culpa do responsável, e sim objetiva. Um exemplo de responsabilidade civil objetiva é a situação em que a empresa é responsável pelos danos causados ao terceiro em virtude de atos cometidos por empregado no exercício da função; nesse caso, a empresa será responsável pelo dano, porém terá direito de regresso em face do empregado, como pontua Cavalieri Filho:

Aquele que paga a indenização nem sempre é o único causador do dano, razão pela qual o Código (art. 13, parágrafo único) lhe assegura o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua

participação na causação do evento danoso. É uma consequência natural da solidariedade passiva e da sub-rogação legal que se opera em favor do devedor que paga a dívida dos outros. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 345).

Com relação às modalidades de responsabilidade civil, como já mencionado, tem-se que pode ser uma responsabilidade contratual ou uma responsabilidade extracontratual. A contratual deriva de um acordo de vontades pré-estabelecido entre dois ou mais sujeitos por meio de contrato, desencadeando o dever de indenizar quando houver descumprimento do combinado. Nessa modalidade de responsabilidade civil, no ônus da prova, a vítima fica escusada de comprovar culpa do causador do dano.

Na responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, conhecida também como delitual ou aquiliana, não há vínculo contratual entre o agente e a vítima. Sua origem se dá pela violação de um dever legal, visto que, em decorrência da desobediência de uma previsão legal o agente causa dano à vítima. Aqui, diferentemente da contratual, deverá a vítima provar a culpa do agente causador do dano. Vejam o que diz Sérgio Cavalieri Filho com relação às duas modalidades de responsabilidade civil:

Dai se conclui que, na responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos. Na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima (eles são estranhos) até que o ato ilícito ponha em ação os princípios geradores da obrigação de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 374).

O Estado está também sujeito a responsabilidade civil na ocasião em que seus agentes, na esfera de suas funções, ocasionem danos a outrem. Assim sendo, a responsabilidade civil do Estado será, em regra, objetiva, não sendo necessária a culpa por parte do Estado em si para que ele deva indenizar a vítima, e sim, somente, o nexo de causalidade e o resultado da conduta praticada pelo agente estatal.

Outro aspecto do dever de indenizar é a sucessividade, uma vez que, como já mencionado, este dever decorre sempre da transgressão de uma obrigação precedente, estipulada em lei, em contrato ou na própria ordem jurídica.

Por fim, vale salientar que a responsabilidade civil não depende da responsabilidade criminal, porque o que se busca aqui é reparar as perdas e danos, sendo certo, portanto, que ainda que o agente seja punido na esfera penal, terá também o dever de reparação civil se assim o for necessário no caso.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal diz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Por essa razão, no ano de 1991, passou a vigorar o Código de Defesa do Consumidor, cuja disciplina desencadeou uma revolução no ramo da responsabilidade civil. Essa lei criou uma estrutura jurídica que se aplica a todas as relações de consumo e protege os direitos dos consumidores.

E como quase tudo atualmente está relacionado ao consumo, é válido dizer que o Código de Defesa do Consumidor consagrou um novo campo da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade nas relações de consumo.

No campo consumerista, com ressalva aos casos que compreendem a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais (artigo 14, CDC), é objetiva a responsabilidade, uma vez que não depende da existência de culpa. Nesta linha, Sérgio Cavalieri Filho ensina:

Em seu sistema de responsabilidade objetiva, o Código do Consumidor abre exceção em favor dos profissionais liberais no § 4º do seu art. 14: “A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Vale dizer, os profissionais liberais, embora prestadores de serviço, respondem subjetivamente. No mais, submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc. [...] Por que o profissional liberal foi excluído do sistema geral da responsabilidade objetiva? Essa é outra questão que suscitou controvérsia, mas hoje esta?

pacificada. A atividade dos profissionais liberais e? exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), intuitu personae, na maioria das vezes com base na confianc?a reci?proca. Trata-se, portanto, de servic?os negociados, e na?o contratados por adesa?o. Sendo assim, na?o seria razoa?vel submeter os profissionais liberais a? mesma responsabilidade dos prestadores de servic?o em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em se?rie. Em suma, na?o se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de servic?os em massa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 339).

A diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual para fins de indenização não apresenta tanta relevância, já que, no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços por acidentes relacionados ao consumo, o Código de Defesa do Consumidor equipara as vítimas (terceiros) do acidente de consumo ao consumidor, recebendo ambos iguais tratamentos quanto aos prejuízos, modalidade diversa da responsabilidade por vício de produtos e serviços (artigos 18 a 20, CDC), com aplicação restritiva ao consumidor.

Assim sendo, o fornecedor deve atentar-se, além das obrigações contratuais, aos deveres de caráter legal estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

3. TEORIA DA PERDA DO TEMPO PRODUTIVO E O DEVER DE INDENIZAR

Conforme já observado, a responsabilidade é uma obrigação jurídica sucessiva, resultante do não cumprimento de uma obrigação firmada anteriormente. Esta responsabilidade confere ao responsável o dever de indenizar os prejuízos causados.

Desta forma, é viável conferir responsabilidade ao fornecedor de produtos ou de serviços em virtude do desperdício desarrazoado do tempo produtivo do consumidor. A tese do desvio produtivo do consumidor, também conhecida como perda do tempo produtivo, ou até mesmo perda do tempo útil, criada pelo advogado Marcos Dessaune em seu livro “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado” veio ajudar os

consumidores que sentiam-se lesados e desamparados quando o assunto era a espera por atendimento e soluções de seus fornecedores. Vejam o que explica Dessaune sobre o tema:

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irre recuperável. (DESSAUNE, 2014).

Infelizmente, por ser a parte vulnerável da relação de consumo, o consumidor fica suscetível às práticas dos fornecedores, e, nas hipóteses em que estes não demonstram interesse de cooperar com os consumidores, não lhes resta outra opção a não ser esperar demasiadamente para a solução de problemas. Isso inclui passar horas na fila de bancos, por exemplo, perdendo, muitas vezes, todo o horário de almoço. Esse sacrifício de tempo pode ser decorrente de uma transferência indevida de responsabilidades ao consumidor. É um problema de condutas abusivas e de quebra de garantias que estão no Código consumerista. Quando o fornecedor presta um serviço ou vende um produto cabe a ele fazê-lo com propriedade e assumir sua responsabilidade.

Nota-se também que há muitas reclamações dos consumidores em relação a produtos e serviços adquiridos nas empresas fornecedoras, como quando buscam solucionar problemas em *call centers* que desempenham Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

Para que se possa regular com mais rigidez esses atendimentos têm-se o Decreto nº. 6.523/2008, popularmente conhecido como “Lei do SAC”, que busca garantir direitos do consumidor com relação à obtenção de informações da forma mais clara e eficaz possível, e a manter este consumidor resguardado quanto a práticas abusivas do fornecedor. No artigo 8º deste Decreto determina-se que o atendimento obedecerá aos seguintes princípios: dignidade, boa-fé, transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade.

Igualmente, o Decreto institui várias normas e prazos com relação ao registro e a solução de solicitações dos consumidores. Entre as quais a

de que o SAC transferirá imediatamente o consumidor ao setor competente para atendimento definitivo da demanda (art. 10, caput). Há também a previsão no artigo 18, caput e § 2º de que, em caso de pedido do consumidor de cancelamento de serviço, este cancelamento deverá ser efetuado de forma imediata, mesmo que seu processamento técnico careça de prazo. Sendo assim, percebe-se que as regras dos SAC reconhecem o valor jurídico do tempo do consumidor.

Os profissionais, empresas, e até o próprio Estado tem o dever de cumprir sua função social, e isso inclui um bom tratamento a clientela, um atendimento adequado e um lapso de tempo tolerável. Em circunstâncias em que seja evidenciada a desídia do prestador de serviços, os Tribunais vêm entendendo que se trata sim de um dano indenizável, e, portanto, digno de reparação, já que ultrapassa os limites do que se entende por razoável, ocasionando o desgaste, a frustração e o sentimento de desconsideração, e por este motivo não se pode dizer que é caso de mera insatisfação.

No entanto, embora esse tempo perdido possa gerar um dano tanto na esfera patrimonial quanto na esfera moral do consumidor, conforme previsto no próprio Código de Defesa do Consumidor, não se pode defini-lo como um dano patrimonial ou moral, pois nem sempre acarreta consequências materiais ou gera um abalo tão profundo. Trata-se, portanto, do então já mencionado dano de desvio produtivo, o qual terá sua eventual indenização fixada de acordo com o caso concreto.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que o tempo tem grande relevância não apenas social ou econômica, mas também jurídica.

A conduta de quem presta um serviço ou vende determinado produto deve respeitar os preceitos da boa-fé. Por isso, nas relações de consumo o fornecedor deve desempenhar seu papel da melhor forma possível, visando bem atender aquele que procurou por seus serviços. Infelizmente, isso nem sempre ocorre, pois, muitas vezes, os fornecedores deixam a desejar no atendimento aos interesses de seus clientes, descumprindo seu papel primordial.

Muitos consumidores são compelidos a desperdiçar seu escasso tempo para tentar resolver problemas de mercadorias ou serviços

defeituosos adquiridos; um problema, que se dá por desídia, negligência ou até má-fé, não causado por ele, consumidor, e sim pelo fornecedor. Esses fornecedores acabam fazendo com que o consumidor desvie-se de seus afazeres na busca incessante por uma solução dos problemas.

Os consumidores, diante do descaso de maus fornecedores que lhes fazem esperar demasiadamente por demandas que, muitas vezes, seriam simples de ser resolvidas, sentem-se lesados e, por vezes, atrasam-se ou até perdem compromissos importantes nesse meio tempo. Para isso foi que surgiu a teoria da indenização pela perda do tempo produtivo, que vem sendo acatada por vários Tribunais.

Dessa forma não só os consumidores sentem-se amparados, como também os fornecedores preocupam-se em ser mais céleres e cuidadosos no atendimento, pois sabem que se não cumprirem com sua função social isso poderá custar a eles uma boa indenização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0035092-08.2012.8.19.0004. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Bruno Garcia de Sá. Relator: Desembargador Fernando Antonio de Almeida. Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO, 12 de fevereiro de 2014. **Consultor Jurídico**. Disponível em: . Acesso em: 12 mar. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DESSAUNE, Marcos. Tempo gasto em problema de consumo deve ser indenizado. Consultor Jurídico, 26 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes>. Acesso em: 11 nov. 2016.

HEGEL, G.W.F. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (1830), vol. II: Filosofia da Natureza.** São Paulo: Edições Loyola, 1997.

STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: . Acesso em: 08 out. 2016.

A DESVALORIZAÇÃO DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS E A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE SINDICATOS PARA O FORTALECIMENTO DA CATEGORIA

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:

Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância da valorização do trabalho doméstico visto que todo serviço desempenhado dignamente deve ser reconhecido e respeitado por toda sociedade. Visa de igual maneira destacar o papel fundamental das organizações sindicais para defender os direitos da categoria buscando cada vez mais o fortalecimento da mesma, visto que a liberdade sindical é direito resguardado pela Constituição Federal brasileira. A priori será brevemente abordado o surgimento das primeiras entidades sindicais e os marcos históricos que as influenciaram, bem como a importância de tal passo em prol de resguardar os direitos dos trabalhadores, inclusive dos empregados domésticos. Posteriormente será analisado o conceito de liberdade sindical e sua previsão constitucional, em seguida as diversas ampliações nos direitos da categoria trazidas a partir da promulgação da “PEC DAS DOMÉSTICAS” no Congresso nacional em 2013, entrando em vigor no ano corrente.

PALAVRAS CHAVE: Desvalorização do trabalho doméstico, Liberdade sindical, Organizações sindicais, Luta por direitos.

INTRODUÇÃO

É verídico que por muito tempo o trabalho, a força laboral daqueles que desempenhavam atividades e serviços eram desvalorizados não sendo disponibilizado se quer condições dignas de trabalho para os empregados. Apesar das grandes mudanças ocorridas no decorrer da história no que diz respeito aos variados direitos alcançados através de diversas lutas, a classe dos empregados domésticos nunca foi valorizada verdadeiramente como deveria vez que não dispunham dos direitos reconhecidos aos demais trabalhadores.

A organização sindical de categorias é de extrema importância para que os direitos dos trabalhadores possam ser defendidos por representantes capacitados

e que façam de tudo para que seus interesses sejam efetivamente reconhecidos. Porém, ainda que a liberdade sindical tenha sido inserida na Constituição brasileira de 1988 os empregados domésticos por terem seus direitos limitados não tinham como se organizar em sindicatos. Essa situação acaba sendo modificada após algumas conquistas pela classe.

Não obstante a indispensabilidade dos sindicatos e seu caráter privado, inicialmente, é correto que hoje em dia esses órgãos acabam por se tornarem pessoa de direito público visto que muitos deles colaboram com o Estado, este interferindo sim na organização sindical sendo o órgão um verdadeiro colaborador do Estado, dessa maneira, verifica-se que na maioria das situações os órgãos sindicais acabam sim por se tornarem pessoa de direito público como salientado acima e não de direito privado como a Norma Ápice prevê.

1. SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS

Desde os tempos remotos o homem busca incessantemente formas de subsistência tendo os diversos períodos da história suas particularidades, tanto ocorrendo derrotas bem como diversas conquistas, especialmente se tratando da esfera trabalhista.

Com o surgimento do capitalismo e conseqüentemente a busca exacerbada pelo lucro os operários passavam a maior parte do dia nas fábricas sendo submetidos a longas jornadas de trabalho,

[...] à fadiga de um dia de trabalho excessivamente longo, visto que tem pelo menos quinze horas, vem juntar-se para estes desgraçados a das idas e vindas tão frequentes, tão penosas. Daqui resulta que à noite chegam a suas casas oprimidos pela necessidade de dormir e que no dia seguinte saem antes de terem repousado completamente para se encontrarem na oficina à hora da abertura. (LAFARGUE, 1999, p. 17)

Além de serem tratados de maneira desumana, horrenda, não tendo direito a se quer às condições básicas de vida que uma pessoa necessita para sobreviver, passando por condições absolutamente precárias. Nem mesmo crianças e mulheres eram poupadas de tamanha crueldade.

Somente com muitas lutas travadas contra a burguesia e depois de muitos percalços foi que a classe do proletariado conseguiu obter determinados direitos. Movimentos de significativa importância para alcançar os objetivos delineados pelos mesmos foram o ludismo e o cartismo, sem esquecer-se da criação de associações internacionais voltadas para proteção dos trabalhadores. Tais movimentos tomaram força a partir do advento do sindicalismo na Inglaterra, uma vez que se conseguiu fortalecer as organizações sindicais por meio de leis que permitiam a livre associação, com o objetivo de defender as pretensões dos hipossuficientes podendo ser realizadas tanto negociações como quaisquer outros atos que viessem a beneficiar os trabalhadores e fornecer-lhes melhores condições de trabalho.

É imperioso ressaltar que no Brasil foram realizados também diversos movimentos operários com a mesma finalidade daqueles citados acima, ainda que não tivessem caráter sindical já significava um importante passo. Apesar de tanto desgaste e perdas grandes conquistas foram alcançadas. No ano de 1983 foi criada a Central Única dos Trabalhadores (CUT), na qual tinha por finalidade apoiar os movimentos grevistas na defesa dos interesses dos operários, porém, o resultado não se deu como esperado por estar atrelado ao governo.

Todavia, muitas outras organizações sindicais foram e vêm sendo criadas em todo o país em prol de, a cada dia, fazer com que os direitos da classe operária sejam efetivamente respeitados e concretizados, observando-se tanto os ditames constitucionais bem como os infraconstitucionais. Porém, muitas crises afetaram e ainda afetam os sindicatos desencadeando diversas consequências.

De acordo com os ensinamentos de Ricardo Antunes,

A crise sindical que se defronta com uma contextualidade tem, em síntese, as seguintes tendências: 1) Uma crescente individualização das relações de trabalho, deslocando o eixo das relações entre capital e trabalho da esfera nacional para os ramos de atividade econômica e destes para o universo micro, para o local de trabalho, para a empresa e, dentro desta, para uma relação cada vez mais individualizada. Esta tendência se constitui num elemento essencialmente nefasto do sindicalismo de empresa, do

“sindicato-casa”, que originou na Toyota e hoje se expande mundialmente; 2) Uma fortíssima corrente no sentido de desregulamentar e flexibilizar ao limite o mercado de trabalho, atingindo duramente conquistas históricas do movimento sindical que tem sido, até o presente, incapaz de impedir tais transformações; 3) O esgotamento dos modelos sindicais vigentes nos países avançados que optaram, nessa última década, em boa medida, pelo sindicalismo de participação e que agora contabilizam prejuízos de brutal envergadura – dos quais o mais evidente é o desemprego estrutural que ameaça implodir os próprios sindicatos. [...]; 4) Uma tendência crescente de burocratização e institucionalização das entidades sindicais, que se distanciam dos movimentos sociais autônomos, optando por uma alternativa de atuação cada vez mais integrada à institucionalidade, ganhando, com isso, “legitimidade” e estatuto de moderação, pelo distanciamento cada vez maior de ações anticapitalistas e a conseqüente perda de radicalidade social. Constituíram-se e consolidaram-se enquanto organismos defensivos e, por isso, têm se mostrado incapacitados par desenvolver e desencadear uma ação para além do capital [...]. É lugar-comum, hoje, em qualquer parte da sociedade produtora de mercadorias, um clima de adversidade e hostilidade contra a esquerda, contra o sindicalismo combativo e os movimentos sociais de inspiração socialista. (2006, p. 73-75).

Destarte, apesar de tantas conquistas, da formação de diversos sindicatos a realidade que nos rodeia atualmente é que muitos trabalhos ainda necessitam da proteção sindicais, é o caso dos empregados domésticos que por muito tempo não desfrutaram de seus direitos visto que não eram resguardados legalmente.

2. LIBERDADE SINDICAL

Antes mesmo de tal direito ter sido inserido na Constituição brasileira de 1988 a OIT já o previa, sendo este um de seus postulados básicos tendo sido verdadeiramente consagrado através da Convenção sobre Liberdade Sindical bem

como a Proteção do Direito Sindical. De igual maneira encontra-se resguardado na Declaração Universal dos Direitos humanos em seu art. 23, nº 4.

É, pois, a liberdade sindical, o direito de trabalhadores e empregadores se organizarem em associações ou cooperativas em prol da defesa de seus interesses sem que o Estado possa interferir no que diz respeito a sua fundação ou organização tendo em vista o que dispõe o art.5º, XVIII da CF, no entanto, poderá exigir seu registro no órgão competente (art.8º, I da CF). É imperioso ressaltar que a liberdade sindical abrange de igual maneira a decisão de entrar, permanecer ou sair das entidades sindicais já que, segundo a Carta Maior, no mesmo dispositivo supracitado em seu inciso XX especula que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” norma também descrita no art.8º, V, da CF ninguém sendo obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato.

A Convenção 87 da OIT apresenta variadas garantias fundamentais tanto aos empregados quanto aos empregadores não se excluindo aqueles que fazem parte das Forças Armadas bem como à polícia, devendo ser respeitada a lei de cada país. Outra garantia seria que as contribuições aos sindicatos fossem espontâneas e não compulsórias sendo permitida também a criação de mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial se assim for necessário. Porém, apesar do grande passo dado pelo Brasil a partir da Constituição de 1988, nosso país não ratificou ainda tal convenção visto que a legislação brasileira ainda vai de encontro com alguns princípios que a Convenção regula. Trata-se de uma verdadeira ignorância por parte do poder Legislativo.

Como se não bastasse é notório que nem todas as regras referentes aos sindicatos dispostas na Constituição brasileira são seguidas como deveriam uma vez que o Estado acaba interferindo sim na organização sindical sendo o órgão um verdadeiro colaborador do Estado, dessa maneira, verifica-se que na maioria das situações os órgãos sindicais acabam por se tornarem pessoa de direito público e não de direito privado como a Carta Maior prevê.

3. REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

Antes mesmo da Revolução Industrial o trabalho já era dividido em categorias visto que, dessa maneira, as variadas necessidades dos consumidores poderiam ser

atendidas, a organização de atividades sempre foi de extrema importância. É o que ensina Hannah Arendt. Segundo o autor

O que chamamos de artificial crescimento do natural é visto geralmente como o aumento constante acelerado da produtividade do trabalho (labor). O fato isolado mais importante nesse aumento contínuo foi, desde o início, a organização da atividade do labor, visível na chamada divisão do trabalho, que precedeu a revolução industrial, e na qual se baseia até mesmo a mecanização dos processos do labor, o segundo fator mais importante na produtividade do trabalho. [...] a divisão do trabalho é precisamente o que sucede à atividade do labor nas condições da esfera pública e que jamais poderia ocorrer na privacidade do lar. (2007, p. 57)

Dessa maneira, de acordo com a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), é considerado empregado toda pessoa física que presta serviço de caráter não eventual a empregador, sendo dependente deste e mediante salário. (art.3º)

No que tange ao empregado doméstico, nunca houve uma regulamentação específica que delineasse seus direitos e deveres aplicando-se na maioria das vezes as regras contidas no Código Civil. Após a edição de variados decretos que buscavam definir esses trabalhadores bem como os serviços prestados por esses, a situação foi resolvida somente com o surgimento da Lei 5.859/72, sendo regulamentada pelo Decreto nº 71.885/73.

Assim, de acordo com o art.1º da Lei supracitada, é considerado empregado doméstico “aquele que presta serviço de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou a família, no âmbito residencial destas”. Assim, compõem a categoria o mordomo, o motorista, o jardineiro, a cozinheira, a copeira, a governanta etc, observando-se, dessa forma, que ao contrário do que dispõe o dispositivo acima é empregado doméstico aquele que desempenha serviço para o âmbito residencial e não no âmbito residencial.

Quanto à natureza contínua Sérgio Pinto citando Rodriguez esclarece que referente aos domésticos “os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica,

uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias etc, não afetando a caracterização do trabalhador doméstico.” (2010, p.147)

A situação dos domésticos no Brasil nunca foi das melhores, vez que não eram tratados como os demais empregados no que concerne aos seus direitos, pois, geralmente aqueles que desempenham serviço doméstico são pessoas simples, humildes, que por precisar extremamente do emprego acabam se sujeitando as piores condições de trabalho em troca de um salário mísero. Tanto é que antes de a Constituição de 1988 reconhecer determinados direitos em favor da categoria no parágrafo único do art.7º, os mesmos percebiam salários baixíssimos, além de não fazer jus a 13º salário, nem ter direito a aviso prévio, se quer repouso semanal remunerado.

Apesar dos direitos conferidos constitucionalmente, para ser reconhecida a categoria dos domésticos precisou enfrentar diversos obstáculos percorrendo um caminho árduo para alcançar o seu objetivo. Uma grande conquista se deu pela iniciativa de Laudelina de Campos Melo sendo fundada na grande São Paulo a Associação de Trabalhadoras Domésticas em Santos por volta de meados do século XX, a Igreja Católica bem como os sindicatos de outras categorias profissionais também contribuíram de forma significativa para o reconhecimento dos direitos dos domésticos.

Em prol de fortalecer a classe muitos sindicatos foram criados sendo desenvolvidos diversos projetos por todo território nacional. Na Bahia foi fundada a Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas na qual objetiva a criação de uma rede de comunicação de direitos primando pela igualdade buscando parceria de diversos órgãos da sociedade a citar: Sindicato, Justiça Do Trabalho, Ministério Público Do Trabalho, Ministério Do Trabalho E Emprego etc.

Apesar de tantas conquistas a classe busca a cada dia o aprimoramento bem como o reconhecimento de muitos outros direitos, e devido a criação e o fortalecimento das entidades sindicais tal objetivo vem sendo efetivado. Além de determinados direitos já serem observados desde 2013, como a hora extra e jornada de trabalho de 8 horas diárias, a partir da promulgação no Congresso Nacional da “PEC das Domésticas” realizada em abril de 2013 entrando em vigor no

ano corrente (2015), foram regulamentados novos sete direitos quais são: adicional noturno; obrigatoriedade no reconhecimento do FGTS pelo empregador; salário-desemprego; salário-família; auxílio-creche e pré-escola; seguro contra acidente de trabalho; e por fim indenização em casos de despedida sem justa causa.

Outra inovação é a regulamentação do simples doméstico no qual consiste em unificar os pagamentos realizados pelos empregadores em favor dos domésticos bem como o recolhimento do imposto de rendas pelos trabalhadores. Tal sistema deverá ser aperfeiçoado com o tempo visto que muitas reclamações já estão sendo efetuadas uma vez que muitos domésticos não estão conseguindo se cadastrar.

No que se refere ao FGTS é imperioso ressaltar que apesar desse direito ter sido consagrado com a emenda de 2013 ainda não é obrigatório, estando a mercê de publicação de um regulamento pelo Conselho Curador do FGTS bem como pela Caixa Econômica Federal.

O direito concernente a auxílio-creche e pré-escola irá depender de convenção ou acordo coletivo entre os sindicatos de trabalhadores e patronal. No entanto, geralmente quando há em uma empresa um número superior a 30 mulheres maiores de 16 anos o benefício é devido. Referente ao INSS, segundo pesquisa do G1 houve diminuição na alíquota a ser recolhida mensalmente do salário do trabalhador passando de 12 pra 8%.

Muitas dúvidas surgiram com a promulgação da PEC das domésticas uma delas se refere aos direitos das diaristas, se a regulamentação se estende a estas, entendendo-se que não há extensão visto que por prestar serviços um ou até mesmo dois dias por semana não há continuidade requisito essencial para configuração de relação de emprego.

Em caso de descumprimento da lei por parte do empregador o empregado deve procurar qualquer agência regional do Trabalho e Emprego para fazer uma denúncia ao plantão fiscal, outra via possível é a busca de um advogado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contudo, é verídico que apesar de há tanto tempo a Constituição trazer em seu bojo a garantia de isonomia nota-se a desigualdade no tratamento referente aos direitos entre os mais diversos trabalhadores visto que os legisladores se

manteram inertes durante décadas sendo revertida essa situação há somente pouco tempo atrás.

Para que fossem alcançadas tantas conquistas além de diversas lutas travadas a intervenção dos sindicatos como representantes da classe dos domésticos foi de fundamental importância visto que com a atuação desses órgãos os domésticos tiveram sua categoria fortalecida.

Os resultados são bastante satisfatórios, além dos direitos conferidos no ano de 2009 houve em 2013 a promulgação da chamada “PEC das Domésticas” pelo Congresso Nacional na qual atribui a classe mais sete garantias, tais como, adicional noturno; obrigatoriedade no reconhecimento do FGTS pelo empregador; salário-desemprego; salário-família; auxílio-creche e pré-escola; seguro contra acidente de trabalho; e por fim indenização em casos de despedida sem justa causa, sem esquecer-se da inovação com a regulamentação do simples doméstico que facilitará o pagamento dos empregados.

Do exposto, é verídico que todo e qualquer emprego é digno devendo ser respeitado e protegido, especialmente pelos governantes e legisladores, devendo-se buscar cada vez mais melhores condições tanto no ambiente em que se desenvolve o serviço bem como no que se refere ao campo econômico para que os trabalhadores sintam satisfação em desempenhar suas tarefas realizando um trabalho de qualidade que atinja a finalidade requerida pelo empregador.

REFERÊNCIAS:

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** – 11ª ed. – São Paulo: Cortez, Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer-10 ed- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LAFARGUE, Paul. **O Direito à Preguiça.** Tradução Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Hucitec, 1999.

MASI, Domenico de - **Ócio Criativo** – ed: 3ª, Rio de Janeiro - Sextante - 2000 .

PINTO MARTINS, Sérgio. **Direito do Trabalho.** -26.ed.- São Paulo: Atlas, 2010.

<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/06/regulamentacao-dos-direitos-das-domesticas-e-publicada.htm> EM 26-10-15 AS 14:38

http://www.fundosocialelas.org/trabalhadoras_domesticas/projetos_apoiados

“Para compreender a natureza do trabalho é necessário antes de tudo explicar como, ao longo do tempo, modificou-se sua estrutura [...] trabalho e vida se coincidem totalmente. [...]” (MAIS, 2000, p. 127)

“Contudo, a plenitude da atividade humana é alcançada somente quando nela coincidem, se acumulam, se exaltam e se mesclam o trabalho, o escudo e o jogo[...] isto é, quando nós trabalhamos, aprendemos e nos divertimos[...]” (p.99)

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE EX-CÔNJUGES: UMA ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ

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 uma primeira plana, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Neste passo, denota-se que a prestação de crédito alimentar é o instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, uma vez que é o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. De fato, o tema em debate ganha ainda mais proeminência quando é revestido de maciça importância, vez que se apresenta como elemento assegurador da dignidade do indivíduo. Nesse âmbito, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pelo Código Civil de 2002, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos a outrem. Insta arrazoar que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade.

Palavras-chaves: Alimentos. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Civil.

Sumário: 1 Alimentos: Comentário Introdutório; 2 Espécies de Alimentos: 2.1 Quanto à Natureza; 2.2 Quanto à Causa Jurídica; 2.3 Quanto à Finalidade; 2.4 Quanto ao Momento em que são reclamados; 3 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar: 3.1 Direito Personalíssimo; 3.2 Irrenunciabilidade; 3.3 Atualidade; 3.4 Futuridade; 3.5 Imprescritibilidade; 3.6 Transmissibilidade; 4

Solidariedade Familiar e a Obrigação de Prestar Alimentos; 5 Obrigação Alimentar entre Ex-Cônjuges: Uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ

1 Alimentos: Comentário Introdutório

Em uma primeira plana, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Neste passo, denota-se que a prestação de crédito alimentar é o instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, uma vez que é o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. Com efeito, Venosa salienta que *“o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência”*^[1]. De fato, o tema em debate ganha ainda mais proeminência quando é revestido de maciça importância, vez que se apresenta como elemento assegurador da dignidade do indivíduo.

Nesse alar, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pelo Código Civil de 2002, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos à outrem. Insta arrazoar que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade. *“Os alimentos são destinados a satisfazer as necessidades materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade”*^{[2]-[3]}, assim como atender os requisitos de esfera moral e cultural, estabelecidos como tais pela vida em sociedade. Afora isso, com efeito, há que obtemperar que as prestações objetivam atender a condição social e o estilo de vida adotado pelo alimentando, sem olvidar, entretanto, da condição econômica do alimentante.

Como se depreende do exposto até o momento, em razão da ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, os alimentos passaram a integrar a extensa, porém imprescindível, rubrica dos aspectos de solidariedade da célula familiar, arrimando-se, de maneira rotunda, em pilares de cooperação, isonomia e justiça social, bem como defesa da dignidade da pessoa humana. *“Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica”*^[4]. A prestação de alimentos se revela, neste sedimento, como instrumento apto a promoção dos princípios insertos na concepção de solidariedade familiar, alcance mais restrito da própria solidariedade social.

Deste modo, ao se considerar as nuances e particularidades que envolve as relações estruturadas em células familiares, todas as vezes que os liames não forem suficientes para assegurar a cada um de seus integrantes as condições necessárias para uma vida digna, o Ordenamento Jurídico, ressoando os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, impõe a seus componentes a prestar os mecanismos imprescindíveis à sobrevivência digna, o qual é assegurado por meio dos alimentos.

2 Espécies de Alimentos

2.1 Quanto à Natureza

No que concerne à natureza do instituto em tela, pode-se assinalar que os alimentos são considerados naturais ou civis, quando observam ao estritamente necessários à sobrevivência do alimentando, sendo, em tal acepção, abrangido o que for absolutamente indispensável à vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação. Vale salientar que, na hipótese vertida alhures, premente se faz atentar que deve o alimentando ter resguardado o mínimo indispensável à sua sobrevivência.

Segundo leciona o doutrinador Rolf Madaleno^[5], com bastante propriedade e ênfase, os alimentos civis, também denominados cômugos, compreendem aqueles destinados à manutenção da condição social do alimentando. “*Se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o necessarium personae e fixados segundo a qualidade do alimentando*”^[6], bem como os deveres do alimentante, diz-se que resta configurada a espécie civil dos alimentos. Deste modo, em decorrência de sua abrangência, a espécie em testilha alcança a alimentação propriamente dita, assim como o vestuário, a habitação, o lazer e necessidades de âmbito intelectual e moral.

Nesse passo, há que se arrazoar que os alimentos serão fixados em harmonia com as condições financeiras do alimentante. Prima assinalar que a pedra de sustento para a fixação desta espécie de alimentos é a condição socioeconômica do alimentante, uma vez que sua situação social interfere, de maneira direta, na quantificação da verba alimentícia. Há, deste modo, uma “*indissociável correlação com a riqueza exterior do devedor, e apurada ao tempo do casamento, ou de estável convivência, que por vínculos de parentesco, de união conjugal ou de relação estável*”^[7]. Cuida evidenciar que o projeto de lei almeja garantir à mulher alimentanda uma prestação alimentícia para a sua subsistência, em patamares aproximáveis da condição vivenciadas durante o ínterim da coabitação.

No mais, em decorrência das disposições emanadas pelo princípio da isonomia, entalhado expressamente no artigo 5º da Constituição Federal^[8], é possível efetuar a interpretação em sentido inverso, quando restar configurado que

o varão é dependente de alimentos. Ao lado disso, anote-se que para a mensuração do pagamento da verba alimentar serão considerados *“o patrimônio e os recursos do casal ao tempo da coabitação, como sendo os marcos de exteriorização da padronagem social e econômica do casal, permitindo aferir com boa margem de segurança e gradação financeira”* [9] da verba alimentar a ser paga após a ruptura da união.

Anote-se, também, que o Código Civil vigente reserva a possibilidade de estabelecer alimentos que atendem tão-só a subsistência do credor, sendo nomeados alimentos naturais. Tal espécie compreende apenas os necessários para a sobrevivência, não se atentando para o padrão social, intelectual ou cultural de quem é pensionado, uma vez que objetivam, exclusivamente, assegurar a sobrevivência do alimentando. *“Por evidente, serão fixados em percentual inferior aos alimentos civis, dizendo respeito às necessidades da sobrevivência do alimentando”* [10]. Mister se faz ponderar que os alimentos naturais terão assento apenas quando decorrerem de culpa daquele que o pleiteia, sendo imprescindível a comprovação concreta pelo interessado, não havendo que se falar em presunção. À guisa de exemplificação, os alimentos naturais serão estabelecidos em favor do filho indigno ou ainda do ex-cônjuge, culpado pela ruptura da relação existente.

Além disso, pelo aspecto de solidariedade que o instituto dos alimentos são revestidos na atual sistemática vigente, infere-se que a culpa não obsta o direito ao recebimento de verbas alimentares, tendo o condão de acarretar, somente, a mutação da natureza, influenciando, de modo determinante, para o seu arbitramento. Logo, em constatada a culpa do credor, não há que se falar em pagamento de alimentos civis, mas apenas os naturais. Nesta senda, infere-se que os alimentos naturais substancializam os valores de solidariedade, expressamente, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa esteira de exposição, há que se elucidar que tais espécies encontram-se buriladas, de maneira expressa, no artigo 1.704 do Código Civil, que salvaguarda os alimentos apenas indispensáveis à sobrevivência. Para tanto, com o escopo de ilustrar o expedito há que se citar a redação do dispositivo supramencionado: *“Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”* [11].

2.2 Quanto à Causa Jurídica

Ao esmiuçar a espécie em testilha, pode-se verificar que os alimentos podem ser decorrentes do texto da lei, da vontade do homem ou do delito. *“Como legítimos, qualificam-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (ex iure sanguinis)”* [12]. Trata-se de espécie que se alicerça no parentesco ou ainda relação de natureza familiar ou mesmo em decorrência de matrimônio, ou seja, encontram-

se inseridos no Direito de Família. Neste sedimento, *“serão legítimos ou legais quando decorrem de uma relação familiar (seja de casamento, união estável ou de parentesco), estabelecendo uma prestação em favor daquele que necessita”*^[13], bem como atentando-se para as possibilidade que o alimentante possui em prestar a verba de natureza alimentar. Ainda nesta esteira de exposição, há que se arrazoar que a espécie em comento encontra-se acampada, de maneira rotunda, pela Lei Substantiva Civil, em seu artigo 1.694, cujo teor colaciona-se:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação^[14].

Nessa toada, os alimentos, doutrinariamente, considerados como voluntários são aqueles decorrentes de uma declaração de vontade, que pode ser tanto expressada em um contrato ou ainda quando a pessoa, de maneira espontânea, se obriga a pagar alimentos para outrem. Computa-se entre as hipóteses da espécie em tela quando há legado de alimento, isto é, o *auctor successionis* dispõe, em cédula testamentária sua intenção. Nesta senda de exposição, cuida trazer à colação o entendimento estruturado por Diniz, no qual *“o legado de alimentos abrange o indispensável à vida: alimentação, vestuário, medicamentos, habitação, e, se o legatário for menor, educação”*^[15], devendo a quantia ser arbitrada pelo Juízo, atentando-se para as forças da herança, as necessidades do alimentário e a circunstância de estar o alimentário na dependência do legante, quando em vida.

Cuida entalhar que os alimentos provenientes de ato de disposição de última vontade (*causa mortis*) são denominado testamentários, produzindo os efeitos tão-somente com o falecimento do testador. De outra banda, os provenientes de fixação em contrato, ou seja, oriundos de ato *inter vivos* são denominados de convencionais, apresentando-se sob a forma de doação. Sobreleva destacar que ambas as hipóteses defluem de uma liberalidade, porquanto *“o devedor não estava obrigado por lei a prestá-los. É importante registrar que os alimentos voluntários submetem-se ao limite da legítima e não estão regidos pelas regras familiaristas”*^[16].

Ao lado disso, há que se arrazoar que os ditos alimentos voluntários integram a rubrica dos direitos das obrigações e aqueles que defluem do ato de disposição de última vontade decorrem do direito sucessório. Insta pontuar que *“a aquisição do direito resulta de ato voluntário sempre que os sujeitos pretendem a criação de uma pretensão alimentícia; a obrigação assim estatuída pode sê-lo a benefício do próprio sujeito da relação jurídica”*^[17], como também em benefício de terceira pessoa.

Quanto à obrigação alimentar proveniente da perpetração de um ato tido como ilícito, infere ponderar que ela se afigura como modalidade de indenização do dano *ex delicto*. O pensionamento tem por objetivo suprir as necessidades das pessoas que dependiam da vítima falecida, que já não pode mais fazê-lo, o que evidencia a carência que a morte provocou no lar e dependentes, que assim ficaram privados de uma sobrevivência similar àquela que dispunham antes do acidente. Os alimentos serão ressarcitórios, também nominados indenizatórios quando resultam de uma sentença condenatória em matéria de Responsabilidade Civil, quando o juiz fixa a reparação do dano sob a forma de prestações periódicas, com natureza alimentar. Assim, cabe ao ofensor suprir essa falta, na forma do artigo 948, inciso II, do Código Civil[18]. Neste sentido, inclusive, colhem-se os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: *Apelação Cível. Ação de Exoneração de Pagamento de Pensão Mensal fixada em Ação de Indenização por Acidente de Trânsito. Alteração nas Condições Econômico-Financeiras das Partes. Impossibilidade Jurídica do Pedido. Os alimentos próprios, disciplinados pelo direito de família, não se confundem com os alimentos devidos em razão de condenação por ato ilícito, como no caso em tela. Nestes, não se analisa a possibilidade do devedor e a necessidade do beneficiário, mas somente a renda que este deixou de perceber. Resta caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido de exoneração do devedor baseado em suas condições econômico-financeiras, observado que não encontra guarida no arts. 602, §3º, ou 471, I, ambos do CPC. Embora não haja vedação expressa no ordenamento pátrio à pretensão do autor, a mesma não se insere nas possibilidades de ajuste do valor da condenação sem ofensa à res judicata. Manutenção da decisão que determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito. Recurso Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70007840648/ Relator Desembargador Naele Ochoa Piazzeta/ Julgado em 24.06.2004). (destaquei)*

Ementa: *Apelação Cível. Responsabilidade Civil em Acidente de Trânsito. Ação de Exoneração de Pensionamento. Impossibilidade. Extinção do Feito. 1. Como a obrigação teve como origem a reparação por ato ilícito, não se mostra possível o ajuizamento de*

ação de exoneração de pensionamento, tendo em vista que não se trata de hipótese de alimentos, comum ao direito de família. 2. A pretendida exoneração de pensionamento somente poderia ter sido deduzida por meio de ação rescisória, caso presente alguma das hipóteses dispostas no artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70013251384/ Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira/ Julgado em 16.03.2006). (destaquei)

Além disso, deve-se pontuar que a verba alimentar oriunda da perpetração de ato ilícito comporta o procedimento revisional, ambicionando o reajuste da prestação afixada, quando da condenação do perpetrador do dano. “Embora haja alguma resistência na concessão de tutela antecipada sob a forma de pensionamento alimentar em casos de acidente de trânsito”^[19], temperando a possibilidade de incidência da tutela de urgência contida no artigo 273 do Código de Processo Civil^[20], quando restar configurada ação intentada por grávida, viúva da vítima ou ainda o pedido de alimentos provisionais, desde que presentes os requisitos autorizadores à concessão, saber o periculum in mora (perigo da demora) e o fumus boni iuris (a fumaça do bom direito). Neste passo, é transcrito o seguinte precedente:

Ementa: Agravo Interno no Agravo de Instrumento – Ação de Indenização – Acidente de Trânsito – Morte do mantenedor da família - Alimentos – Antecipação de Tutela – Presença dos Requisitos Legais – Recurso Desprovido. 1. Em sede de cognição sumária, não há como afastar a responsabilidade da agravante, proprietária do veículo suposto causador do sinistro. 2. De outro lado, existem elementos nos autos que demonstram o dano de difícil reparação advindo da demora na concessão da pensão alimentícia decorrente do ato ilícito. Os prejuízos de ordem material oriundos da perda do provedor da família são evidentes, com a redução do padrão de vida dos familiares e o comprometimento das condições básicas imperiosas para a vida dos filhos e do cônjuge do falecido, vítima de acidente. 3. Assim, presentes os requisitos legais exigidos, consistentes na aparência do direito alegado e na necessidade dos agravados, que dependiam financeiramente daquele que foi vítima fatal de acidente de trânsito, impõe-se o pagamento de alimentos pelo seu

suposto causador. 4. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – Quarta Câmara Cível/ Proc. 28109000100/ Relator Desembargador Carlos Roberto Mignone/ Julgado em 04.04.2011/ Publicado no DJ em 18.04.2011). (destaquei)

Doutro modo, uníssono é o entendimento jurisprudencial de descaber a prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia proveniente de ação de responsabilidade *ex delicto*. Afora isso, mister se faz citar que a prisão civil, enquanto instrumento coercitivo, tem assento tão apenas nos alimentos previstos no Direito de Família. Inicialmente, cumpre salientar que a prisão civil é medida de exceção, só se justificando em casos extremos, razão pela qual comporta sempre interpretação restritiva, levando em conta os aspectos fáticos e jurídicos do caso examinado.

Ademais, indispensável a ponderação dos interesses em conflito, consubstanciados no direito a uma vida digna, sendo os alimentos indispensáveis a tanto; bem como no direito à liberdade e à dignidade do devedor de alimentos. A par disso, deve-se dar uma interpretação estrita do dispositivo constitucional em comento, abarcando somente o devedor de alimentos de natureza parental, ou seja, decorrentes do direito de família. Em se tratando de obrigação alimentar por ato ilícito, não se aplica o rito previsto nos artigos 733 e 734 do Código de Processo Civil. Ao lado disso, colacionam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais que acenam:

Ementa: Agravo de Instrumento. Responsabilidade Civil em Acidente de Trânsito. Execução de Alimentos. Ato Ilícito. O procedimento executivo dos arts. 733 e 734 do CPC, que prevê pena de prisão em caso de inadimplemento e/ou inclusão da pensão na folha de pagamento do réu, não se aplica aos casos em que o pensionamento se originou de ato ilícito. Agravo de instrumento provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70046866455/ Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack/ Julgado em 12.04.2012) (destaquei)

Ementa: Habeas Corpus Preventivo. Prisão Civil. Pensão. Ato Ilícito. Tratando-se de pensão decorrente da prática de ato ilícito, não é possível a utilização da prisão civil como meio de coerção para o pagamento da dívida. Interpretação restritiva do art. 5º, LXVII, da CF. A dívida alimentar que admite a prisão civil é somente aquela que tem origem no direito de família. Ordem concedida.

(Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quinta Câmara Cível/ Habeas Corpus Nº 70018747196/ Relator Desembargador Leo Lima/ Julgado em 09.05.2007). (destaquei)

Em igual sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da impossibilidade de decretar a prisão civil no caso de inadimplemento de prestação alimentícia oriunda da perpetração de ato ilícito. Ao lado disso, cuida trazer à baila os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: Habeas Corpus. Alimentos devidos em razão de ato ilícito. Prisão Civil. Ilegalidade. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ HC 182.228/SP/ Relator Ministro João Otávio de Noronha/Julgado em 01.03.2011/ Publicado no DJe em 11.03.2011). (destaquei)

Ementa: Habeas Corpus. Prisão Civil. Alimentos devidos em razão de ato ilícito. Quem deixa de pagar débito alimentar decorrente de ato ilícito não está sujeito à prisão civil. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ HC 92.100/DF/ Relator Ministro Ari Pargendler/Julgado em 13/11/2007/ Publicado no DJ em 01.02.2008, p. 1). (destaquei)

Para esses casos, cabe ao credor requerer o cumprimento de sentença, postulando, quanto às prestações alimentícias, a constituição de capital, a fim de assegurar o adimplemento da obrigação, ou, ainda, a inclusão do benefício na folha de pagamento do réu, conforme dispõe o artigo 475-Q e a Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça. Por derradeiro, gize-se que os conflitos que tenham como objeto os alimentos voluntários ou indenizatórios serão dirimidos pelo Juízo da Vara Cível, enquanto os litígios envolvendo alimentos legítimos tramitarão na Vara de Família, em decorrência da especificidade que emoldura a matéria em comento.

2.3 Quanto à Finalidade

A espécie em tela pode ser subdividida em definitivos ou regulares, provisórios e provisionais, admitindo-se, outrossim, que sejam reivindicados judicialmente por meio da tutela antecipada. Nesta toada, *“alimentos regulares ou definitivos são aqueles estabelecidos pelo juiz na sentença ou por homologado em acordo de alimentos firmado entre o credor e devedor”* [21], podendo ser revisto,

desde que haja alteração na situação financeira de quem pensiona ou de quem os recebe. Propugna o artigo 1.699 do Código Civil: *“Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”* [22].

Nesse passo, também, faz-se necessário realçar que a prestação alimentícia encontra-se subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando, por extensão, revisão, a qualquer momento, desde que reste alterada a necessidade de quem os recebe ou a capacidade do alimentante, sendo imprescindível que a alteração seja emanada por meio de nova decisão judicial ou acordo entre os interessados. Há que se examinar, ao se ambicionar a revisão, o binômio necessidade-possibilidade que orienta o instituto em tela.

Por seu turno, os alimentos provisórios são estabelecidos pelo magistrado, em sede de liminar, ao despachar a ação de alimentos, proposta sob o rito insculpido na Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968, sendo exigida, previamente, a comprovação do parentesco, do casamento ou ainda da obrigação de alimentar. Nesta linha, infere-se que *“os alimentos provisórios possuem natureza antecipatória, sendo concedidos em ações de alimentos (ou em outras ações que tragam pedido de alimentos de forma cumulativa)”* [23], ainda no início da lide, bastando que seja comprovada, de forma prévia, por meio de documentos hábeis, a existência da obrigação alimentícia.

Outrossim, os alimentos provisórios poderão ser deferidos pelo Juízo *ex officio*, independentemente da presença de pedido expresso do autor. Vale salientar que o Diploma Legislativo supramencionado, quando de sua formulação, não albergou a união estável, que, em decorrência dos valores culturais e históricos vigentes, era considerada como concubinato. Ao lado disso, os objetivos constantes da Lei Nº. 5.478/1968 era distintos da união estável, que não gozava da condição de família, vindo tão-somente a receber, de maneira rotunda, respaldo pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, o rito especial cunhado na Lei de Alimentos não compreendia as uniões estáveis, vez que estas se encontravam despidas de prévia prova do vínculo afetivo, enquanto entidade familiar, porquanto era originária de relacionamentos informais. A Lei Nº. 8.971/1194, ressoando os ditames hasteados pela Carta de Outubro, expressamente, pontuou que a companheira, ao comprovar a união estável mantida, poderia utilizar das disposições contidas na Lei Nº. 5.478/1968, logo, pedir alimentos a seu companheiro, estatuidando o aspecto temporal assentado em um vínculo afetivo de, no mínimo, cinco anos. Igualmente, era carecida a demonstração da *“efetiva necessidade alimentar, porque os alimentos entre cônjuges e companheiros não decorrem de presunção de necessidade, como ocorria ao tempo da autocracia marital”* [24]. À guisa de citação, cuida transcrever o entendimento jurisprudencial que abaliza as ponderações vertidas acima:

Ementa: União Estável. Alimentos em favor da Companheira. Inexistência de Prova da Necessidade. 1. Para que seja cabível a fixação liminar da verba de alimentos, que decorre do compromisso de mútua assistência entre companheiros, deve estar comprovada razoavelmente a existência da união estável, a sua ruptura recente e a condição de necessidade de quem postula. 2. Descabe fixar alimentos provisórios em favor da postulante, quando não está demonstrada a existência da união estável, nem está comprovada a necessidade dela em recebê-los. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº 70047891825/ Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves/ Julgado em 24.04.2012) (destaquei)

Nesse passo, premente se faz assinalar que a presunção de necessidade só subsiste em relação aos filhos que se encontram sob o poder familiar, bem como os filhos maiores incapazes. Já os maiores e capazes devem provar a necessidade de pensão, conquanto a exoneração da obrigação da verba alimentar não aconteça, *ex officio*, pelo simples implemento da maioria civil. Com efeito, o poder familiar cessa quando o filho atinge a maioria civil, mas evidentemente não desaparece a relação parental, que pode justificar a manutenção ou o estabelecimento de pensão alimentícia, desde que reste comprovada a condição de necessidade. No entanto, a prova da necessidade de receber ou de continuar recebendo a pensão de alimentos, quando se trata de filho maior, constitui ônus do alimentando.

Os alimentos provisionais, por sua vez, são derivados de medida cautelar preparatória ou incidental de ação de divórcio, nulidade ou ainda anulação de casamento, bem como demanda de alimentos. *“Trata-se de medida topologicamente cautelar, porque está elencada dentre as medidas cautelares, embora não possua tal natureza assecuratória”* [25]. Deste modo, em decorrência da natureza irrepetível dos alimentos, é perceptível que os alimentos provisionais não gozam de natureza cautelar, porquanto não se destinam a assegurar o resultado de um outro apostilado processual, entretanto satisfazer, de forma imediata, as necessidades do autor.

Prima negritar, ainda ressoando as ponderações estruturadas alhures, como bem sustenta Madaleno, que a espécie em comento tem por escopo primevo *“garantir a subsistência do credor de alimentos durante a tramitação da ação principal de separação ou de alimentos, inclusive para o pagamento de despesas judiciais e dos honorários do advogado”* [26]. Com efeito, os alimentos provisionais

substancializam medida satisfativa sujeitada a uma cognição de natureza sumária, sendo os alimentos estabelecidos em caráter ainda não definitivos, cujo fito é atender às necessidades do requerente, que evidenciou a presença dos elementos essenciais das medidas cautelares.

Nesse passo, insta anotar que, em razão da natureza satisfativa dos alimentos provisionais, não é aplicável a exigência da propositura da ação principal no íterim de trinta dias, acinzelada no artigo 806 do Código de Processo Civil. Há que se registrar que os alimentos provisionais serão concedidos quando não houver prova pré-constituída da exigência de obrigação alimentar, não subsistindo a possibilidade de pleitear alimentos provisórios em sede de ação de alimentos. *“Então, poderá ajuizar uma ação cautelar, preparatória ou incidental, requerendo alimentos provisionais, demonstrada a presença dos requisitos genéricos das cautelares”* [27], quais sejam: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Por oportuno, a distinção mais proeminente entre os alimentos provisórios e os provisionais junte-se à existência, ou não, de prova pré-constituída da relação de casamento, união estável ou ainda vínculo de parentesco. Deste modo, em um procedimento de investigação de paternidade cumulada com alimentos, em sendo necessário ao requerente alimentos para se manter, poderá este ajuizar uma ação cautelar de alimentos provisionais, sendo carecida a demonstração de indícios verossímeis da relação, uma vez que ainda não disporá de provas pré-constituídas imprescindíveis para o pleito de alimentos provisórios. Destarte, constata-se que a distinção se assenta, precipuamente, em uma acepção terminológica e procedimental do que em relação à sua substância e natureza. No mais, ambas as espécies apresentam o mesmo escopo, qual seja: a concessão, de modo temporário, para assegurar a quem precisa os meios necessários à sua manutenção, até que seja prolatada uma decisão estabelecendo a verba alimentar em caráter definitivo.

2.4 Quanto ao Momento em que são reclamados

Sob o prisma do momento em que os alimentos são reclamados, a doutrina os classifica em pretéritos e futuros. *“Futuros são os alimentos prestados em decorrência de decisão judicial e são devidos desde a citação do devedor”* [28]. Já os alimentos pretéritos são anteriores a propositura da ação, não sendo devidos em razão de não serem requeridos, porquanto se consideram como vencidos os alimentos estabelecidos a partir do aforamento da ação, presumindo a lei inexistir dependência alimentar quando o credor nada pleiteia, conquanto não seja descartada a possibilidade do ingresso de uma ação de indenização para o ressarcimento dos gastos com a manutenção do filho em comum, todavia este ressarcimento em nada se confunde com a pensão alimentícia.

Além disso, os alimentos pretéritos são relacionados às prestações estabelecidas judicialmente e não adimplidas pelo alimentante, podendo ser objeto

de ação executiva, enquanto não forem atingidas pela prescrição, no lapso temporal de dois anos, como bem aponta o artigo 206, §2º, da Lei Substantiva Civil vigente[29]. Ao lado do arrazoada, calha salientar que os créditos de natureza alimentar vencidos e não pagos pelo alimentante poderão ser objeto de cobrança em execução por quantia certa, atentando-se para as disposições albergadas pelo artigo 732 do Código de Processo Civil ou ainda pela opção da eleição da prisão civil contida no artigo 733 do Diploma Legal ora mencionado, estando, neste caso, limitada às três últimas prestações. Tal entendimento resta devidamente consagrado no enunciado da Súmula Nº. 309 do Superior Tribunal de Justiça.

3 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar

Cuida assinalar que o pagamento de prestação de verba alimentar apresenta aspectos caracterizadores distintos das demais obrigações de cunho civil, em razão de natureza especial, adstrita à dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre valores tidos como fundamentais, considerados como indispensáveis e indisponíveis para a subsistência do ser humano. *“Esta sua natureza especial decorre do intrínseco propósito de assegurar a proteção do credor de alimentos, mediante um regime legal específico”* [30].

Tal fato decorre da premissa que o crédito alimento ambiciona cobrir necessidades impostergáveis do alimentando, cuja satisfação não comporta morosidade ou demora, motivo pelo qual aprouve ao legislador enrodilhar o instituto dos alimentos de um sucedâneo de garantias especiais, com o escopo de assegurar o pagamento do *quantum* estipulado. Ao lado disso, quadra transcrever o entendimento firmado por Farias e Rosenthal, notadamente quando pontuam que *“tratando-se de uma obrigação tendente à manutenção da pessoa humana e de sua fundamental dignidade, é natural que os alimentos estejam cercados de características muito peculiares”*. No mais, há que se anotar que tais aspectos se revelam preponderantes para distinguir o instituto do pensionamento de alimentos das demais obrigações.

3.1 Caráter Personalíssimo

Em uma primeira plana, cuida anotar que a verba alimentar é descrita como direito personalíssimo, porquanto tão somente aquele que mantém a relação de parentesco, casamento ou ainda união estável com o alimentante poderá vindicá-los. Ora, em decorrência da atual interpretação concedida pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne às uniões homoafetivas, óbice não subsiste que companheiros pleiteiem o pagamento de verba alimentar. Como bem arrazoou o Ministro Celso de Mello, ao julgar o RE 477554 AgR/MG, hasteou como flâmula desfraldada que:

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, não merecem o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família[31].

Ao lado disso, há que se obter que os alimentos concedidos, diante da sua destinação e relevância social, privilegiados de maneira maciça pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, configuram direito personalíssimo que reúne particularidades que recomendam total controle e observância das formalidades legais, não admitindo renúncia, compensação, penhorabilidade, cessão, transação, restituição ou qualquer outra forma que comporte sua redução sem o devido processo legal. Como bem arrazoa Rolf Madaleno, os alimentos visam “*preservar, estritamente a vida do indivíduo, não podendo ser repassado este direito a outrem, como se fosse um negócio jurídico*”[32], conquanto possa a obrigação de pensionamento ser repassada aos herdeiros do alimentante, como bem frisa o artigo 1.700 do Código Civil: “*Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694*”[33].

Ipsa facto, é defeso no Ordenamento Pátrio vigente a renúncia sobre o direito de recebimento de alimentos, maiormente em razão da ilicitude do objeto, sendo tais avenças consideradas como nulas, porquanto dispõe de direito compreendido na rubrica personalíssimo. Nesta esteira de exposição, com efeito, cuida trazer à colação o entendimento jurisprudencial que explicita, de maneira rotunda, o aspecto característico em comento, assim como a impossibilidade da renúncia ao recebimento de verba alimentar, em decorrência do aspecto personalíssimo que emoldura o instituto dos alimentos:

Ementa: Agravo de Instrumento. Família. Acordo de Renúncia de Alimentos de Incapaz. Direito Personalíssimo e Irrenunciável. Negócio Jurídico Manifestamente Nulo. Na espécie, o acordo entabulado pelas partes visa, em verdade, à renúncia aos alimentos a que tem direito a criança (filho comum), o que é vedado pelo ordenamento legal, consoante arts. 841 e 1.707, ambos do Código Civil,

porquanto o direito a alimentos é personalíssimo e irrenunciável. Destarte, o negócio jurídico entabulado entre as partes é manifestamente nulo, consoante art. 166 do Código Civil. Agravo de Instrumento Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70043331966/ Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl/ Julgado em 18.08.2011) (destaquei)

Ementa: Apelação Cível. Acordo de Renúncia dos Alimentos de Incapaz. Direito Indisponível. O direito a alimentos é personalíssimo, sendo defeso que os representantes do alimentado-incapaz realizem transação que acarrete sua renúncia (artigo 1.707 do Código Civil). Apelo não Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036963809/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 02.12.2010) (destaquei)

Faz-se necessário arrimar-se, por imperioso, que o arbitramento dos valores a serem pagos, a título de verba alimentar, observarão o binômio possibilidade-necessidade, devendo o magistrado, neste ponto, valorar o princípio da proporcionalidade ao estipular o *quantum* a ser afixado. “É um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, logo, sua titularidade não passa para outrem” [34]. Ao lado disso, em decorrência de seu caráter *intuitu personae* unilateral, o pensionamento de verba alimentícia não é transmissível aos herdeiros do alimentando. Ademais, o aspecto personalíssimo que caracteriza o instituto dos alimentos justifica a natureza declaratória da ação de alimentos.

3.2 Irrenunciabilidade

Em uma primeira exposição, insta trazer a lume que, quando da vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, que detinha competência para apreciação de matéria infraconstitucional, buscando interpretar as disposições contidas no artigo 404 [35], consagrou o entendimento que os alimentos, em quaisquer circunstâncias, eram irrenunciáveis. Doutro modo, o Superior Tribunal de Justiça, que, em decorrência de expressa disposição constitucional, passou a gozar de competência para apreciação de matéria infraconstitucional, “sempre entendeu que a irrenunciabilidade dos alimentos dos alimentos somente alcançava os incapazes. Logo, afirmou-se que os alimentos somente seriam irrenunciáveis em favor de incapazes” [36]. Em decorrência de tal ótica, passou-se a assentar visão jurisprudencial no que concerne à possibilidade de cônjuges ou companheiros renunciarem, quando da feitura do acordo de dissolução de casamento ou união

estável, obstando, por consequência, uma posterior cobrança de pensionamento alimentar.

Com o advento do Código Civil de 2002, foi trazida à baila, por meio do artigo 1.707, novas polêmicas, porquanto o dispositivo ora aludido consagrou em sua redação que “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora” [37]. Entrementes, a redação do artigo suso mencionado não turbou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a visão que somente as verbas alimentares dos incapazes não seriam incapazes pelo característico da irrenunciabilidade, sendo, doutro giro, admitida a renúncia em acordos que versem acerca do casamento ou da união estável. Neste sentido, inclusive, colhem-se os seguintes arestos:

Ementa: Apelação Cível. Pedido de Alimentos. União Estável. Em se tratando de união estável, sua dissolução equivale ao divórcio no casamento. Ou seja: o vínculo foi rompido. Logo, não importa se foi utilizado o termo “renúncia” ou “dispensa” dos alimentos, pois, em qualquer hipótese, desaparecido o vínculo, não haverá mais possibilidade de demandar alimentos posteriormente. Assim, bem andou a r. sentença, ao dar pela improcedência do pleito. Não caracterizado qualquer dos pressupostos da obrigação alimentar (vínculo, necessidade e possibilidade), inviável acolher o pleito. Negaram Provitamento. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046584819/ Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos/ Julgado em 22.03.2012) (destaquei)

Ementa: Apelação Cível. Ação de Alimentos. Ex-Esposa. Divórcio. Renúncia aos alimentos. Descabimento. Em razão do divórcio do casal, que rompe o vínculo parental, e da renúncia aos alimentos, não prospera o pedido de alimentos entre ex-cônjuges, porquanto deixou de existir o dever de mútua assistência. Negaram Provitamento ao Apelo. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70040502924/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 15.09.2011) (destaquei)

Ementa: Apelação Cível. Família. Ação de Alimentos à Ex-Esposa. Dispensa dos alimentos no divórcio. Impossibilidade de pleito alimentar. Sentença que julgou improcedente o pedido. Manutenção da

Sentença. Ocorrida a renúncia dos alimentos na ação de divórcio, inviável se mostra o pedido de alimentos postulado em ação de divórcio. Precedentes jurisprudenciais. Apelação Desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70037100179/ Relator Desembargador José Conrado de Souza Júnior/ Julgado em 23.08.2010) (destaquei)

Dessarte, conquanto a redação do artigo 1.707 da Lei Substantiva Civil, pode-se extrair o entendimento de que os alimentos são dotados de irrenunciabilidade tão somente quando arbitrados em favor de incapazes. Doutra banda, é admissível a renúncia entre pessoas capazes, sendo, em razão disso, vedada posterior cobrança do pagamento de verba alimentar. Com efeito, não é razoável que o cônjuge ou companheiro que venham renunciar ao pagamento de alimentos, em acordo consensual, possa, posteriormente, vindicar verba alimentar. “Trata-se de típica hipótese de *nemo venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório, caracterizando ato ilícito objetivo, também chamado de abuso do direito” [38].

Em decorrência dos postulados ora desfraldados, impende realçar que a vedação obsta a ocorrência de comportamento tido como contraditório, logo, o cônjuge ou companheiro não poderá contradizer seu próprio comportamento, notadamente quando produziu, em outrem, uma determinada expectativa. A hipótese de renunciabilidade albergada pelo entendimento jurisprudencial e a impossibilidade de, posteriormente, requerer verba alimentar, colocam empecilho para uma inesperada mudança de comportamento, desdizendo uma conduta dantes adotada pela mesma pessoa, culminando, desta sorte, em frustrar a expectativa de terceiro.

No que concerne aos incapazes, em razão da impossibilidade de perpetrar atos de disposição de direito, é inadmissível a renúncia dos alimentos, sendo possível ulterior vindicação de tal direito. Logo, haverá, nesta hipótese, ocasional dispensa da pensão alimentícia, não sendo cobrada momentaneamente. Isto é, o alimentando poderá deixar de exercer o direito que possui, todavia não poderá renunciá-lo.

3.3 Atualidade

Há que se frisar, inicialmente, que o pensionamento de verba alimentar substancializa obrigação de trato sucessivo, ou seja, sua execução de protraí no tempo, sendo, em razão disso, submetida aos efeitos danosos da inflação, que poderá comprometer o quantum pago. Nesta senda, objetivando salvaguardar o numerário de tais efeitos, o artigo 1.710 do Código Civil espanca que “Art. 1.710. As

prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido”[39]. Deste modo, salta aos olhos que é fundamental que os alimentos sejam estabelecidos com a indicação de um critério (seguro) de correção de valor, preservando, desta forma, o seu caráter atual.

Em inexistindo a possibilidade de fixar a prestação alimentícia em percentuais a serem descontados de maneira direta dos rendimentos do alimentante, o entendimento jurisprudencial caminha no sentido de estabelecimento em salários mínimos. Neste ponto, a visão consagrada pelo Supremo Tribunal Federal é que a vedação agasalhada no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que estipula a impossibilidade do emprego do salário mínimo como fatos de indexação obrigacional, não abrangem as obrigações de cunho alimentar, motivo pelo qual não há óbice na fixação da verba alimentar fulcrado no salário mínimo, com o fito de assegurar sua atualidade. “O ideal é que os julgados que fixam os alimentos levem em conta um fator seguro de atualização, garantindo que a prestação alimentícia mantenha, sempre o seu valor”[40], com o escopo de evitar o ajuizamento, desnecessário, de ações que visem a revisão de alimentos.

3.4 Futuridade

In primo loco, mister faz-se frisar que os alimentos objetivam a manutenção do alimentando, destinando-se, desta sorte, ao futuro, não sendo exigíveis para o passado. O aspecto característico em comento assenta sua lógica no ideário que o numerário objetiva a manutenção da integridade física e psíquica do alimentando, devendo, desta forma, servir-lhe no tempo presente e no futuro, mas não no passado. Id est, se o alimentando já se manteve até aquele momento sem o pagamento de prestação alimentícia pelo alimentante, não subsiste justificativa para a concessão dos alimentos no pretérito.

O aspecto de futuridade é tão substancial no instituto dos alimentos que, a fim de resguardar a sua manutenção, o Código de Processo Civil[41], em seus artigos 732 ut 734, permite que haja o desconto diretamente na folha de pagamento, compreendendo tal locução a remuneração e outras rendas, das parcelas vincendas da verba alimentar. “Pontue-se, todavia, que este caráter futuro não impede que sejam executadas as parcelas alimentícias fixadas judicialmente e não pagas pelo devedor”[42], atentando-se, por necessário, para o prazo prescricional de dois anos. Desta sorte, a concepção de alimentos atrasados alcança apenas as parcelas já fixadas pelo magistrado e não adimplidas pelo devedor, quando deveria tê-la feito.

3.5 Imprescritibilidade

Em razão dos alimentos serem destinados a manter aquele que deles necessita no presente e no futuro, não há prazo extintivo para o seu pensionamento. Nesta toada, o direito de obter, em Juízo, a estipulação de uma

verba de natureza alimentar pode ser exercido a qualquer tempo, desde que os requisitos insertos na lei se encontrarem preenchidos, inexistindo qualquer prazo prescricional. Entrementes, uma vez assinalado o quantum a ser pago, proveniente de ato decisório judicial, fluirá, a partir daquele momento, o prazo prescricional para que seja aforada a competente execução dos valores correspondentes.

Desse modo, infere-se que a prescrição afeta a pretensão executória dos alimentos, substancializando-se no prazo de dois anos, conforme entalha o artigo 206, §2º, do Código Civil. No mais, quando os alimentos forem estipulados em favor de absolutamente incapazes ou pelo filho menor na constância do poder familiar, até os 18 (dezoito) anos, não fluirá o prazo prescricional, uma vez que restará substancializada a causa impeditiva, como bem estatui o inciso II do artigo 197 e o inciso I do artigo 198, ambos da Lei Substantiva Civil vigente.

3.6 Transmissibilidade

O Estatuto de 1916 trazia em sua estrutura, de maneira expressa, a intransmissibilidade dos alimentos, restando tal preceito consagrado em seu artigo 402, como se infere, inclusive, da redação oportunamente colacionada “Art. 402. A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”^[43]. O maciço axioma que sustentava tal ideário advinha do aspecto personalíssimo que o instituto em tela possui, fazendo com que a morte do alimentante ou do alimentando acarretasse a extinção de tal obrigação. Entretanto, com o advento do Código de 2002, passou a vigorar novel postulado, no qual a obrigação de prestar alimentos é transmissível aos herdeiros do alimentante. Farias e Rosendal, ao discorrerem acerca do tema, manifestam que “em nosso entender, tratando-se de uma obrigação personalíssima, os alimentos não deveriam admitir transmissão, impondo-se a reconhecer a sua automática extinção”^[44], em decorrência do falecimento do alimentante ou do alimentado.

A transmissão, em relação aos herdeiros do alimentante, só seria possível em relação as prestações vencidas e não adimplidas, atentando-se, por necessário, para as forças do espólio, eis que se trata de dívida do auctor successionis, a qual é transmitida juntamente com o patrimônio, em decorrência do princípio da saisine. Nesta senda, Rolf Madaleno anota que “a transmissão da obrigação alimentar não extrapola a esfera hereditária, para penetrar no patrimônio de cada sucessor, sendo balizado seu limite à totalidade dos bens deixados pelo sucedido”^[45]. Ao lado disso, ao se examinar o tema em comento, deve ser considerada a herança em sua totalidade, uma vez que só há herança líquida passível de inventariança, após o pagamento das obrigações deixadas pelo sucedido. No mais, cuida expor que as obrigações oriundas de verba alimentar gozam de prioridade para serem salgadas.

Outrossim, vale destacar que a obrigação alimentar é considerada como proporcional ao quinhão de cada herdeiro, alcançando os legítimos, necessários ou testamentários, mesmo porque os legados só serão pagos se a herança assim o suportar, após o atendimento das dívidas deixadas e das obrigações deixadas pelo falecido. Neste sedimento, cuida trazer à colação que “os legitimados a responder pelos alimentos transmitidos (fixados judicialmente em favor de quem não seja herdeiro do morto) serão todos aqueles que possuem direitos sucessórios em relação ao espólio” [46]. Ergo, não há que se cogitar em reserva da legítima dos herdeiros necessários, uma vez que é possível que não subsista, após o adimplemento das dívidas e das obrigações do sucedido, herança líquida.

Em sendo o alimentando herdeiro do alimentante, não poderá aquele requerer verba alimentar do espólio, uma vez que dele já terá um quinhão, em decorrência de sua condição de herdeiro. Tal entendimento, destaque-se, obsta um desequilíbrio nos valores recebidos por indivíduos que se encontram, a rigor, em mesma situação jurídica. Além disso, como direito alimentar transmitido, o valor a ser pago está sujeito à revisão judicial, desde que reste demonstrada a modificação na situação patrimonial do alimentando, sendo possível a ocorrência de diminuição, majoração ou ainda exoneração. Ademais, deve-se afastar a hipótese de só serem transmitidos os alimentos porventura não pagos em vida pelo sucedido, já que o Diploma Legal, de maneira contundente, se refere à transmissão da obrigação alimentar, incluindo-se as parcelas vincendas, observando-se, por necessário, as forças da herança, e não apenas do débito alimentar deixado pelo alimentante.

4 Solidariedade Familiar e a Obrigação de Prestar Alimentos

Em anotações introdutórias, cuida destacar que a solidariedade familiar, enquanto robusto axioma da tábua principiológica do Direito das Famílias, pode ser observada no artigo 1.511 do Código Civil [47], especial quando diciona que o casamento importa em comunhão plena de vida, eis que evidente na ausência da comunhão plena de vida, desaparece a essência do matrimônio e, por extensão, da própria entidade familiar, como sustentáculo da união estável ou mesmo qualquer associação familiar ou afetiva. Ao lado do expandido, “a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação” [48], fortalecido pela ajuda mútua, quando se fizer necessário. Incumbe destacar, a partir do sedimento coligido, que os aspectos característicos irradiados pelo corolário da solidariedade familiar refletem, com clareza solar, a desconstrução do patrimonialismo que norteava a ramificação das famílias da Ciência Jurídica, notadamente durante a vigência do antigo Estatuto de 1916.

Não se deve olvidar que a valoração dos laços afetivos, dentre os quais a solidariedade familiar, foi introduzido robustamente no Ordenamento Pátrio por meio de um novo cenário propiciado pelos dogmas desfraldados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e consolidados no Códex Civil de 2002. “A

solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, [...], no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares”[49], porquanto a solidariedade deve ser aspecto caracterizador dos relacionamentos pessoais. Ademais, o dever de assistência imaterial entre os cônjuges/companheiros atenta-se para a comunhão espiritual nos momentos felizes e serenos, tal qual nas experiências mais tormentosas e desgastantes da vida cotidiana. Ora, ainda nesta toada, consoante o Ministro Massami Uyeda, ao relatar o Recurso Especial Nº 1.257.819/SP, firmou entendimento robusto de que “não se pode compreender como entidade familiar uma relação em que não se denota posse do estado de casado, qualquer comunhão de esforços, solidariedade, lealdade (conceito que abrange “franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade” [50].

Salta aos olhos, deste modo, que os contornos caracterizadores da célula familiar dos arranjos que nela se desenvolvem reclamam a presença de elementos que denotam fidelidade, solidariedade e companheirismo para a convivência cotidiana e superação das dificuldades que surgem corriqueiramente. A Ministra Nancy Andriahi, ao relatar o Recurso Especial Nº 995.538/AC, explicitou, com bastante proeminência o plexo compreendido pelos feixes irradiados pelo corolário em comento. Neste passo, “fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência”[51]. Igualmente, na vida social, cuida destacar que o cônjuge está concatenado com os ideários de solidariedade e respeito aos direitos de personalidade do seu consorte, fomentando e incentivando suas atividades sociais, culturais e profissionais, que constituem a personalidade de cada um dos integrantes do par afetivo.

5 Obrigação Alimentar entre Ex-Cônjuges: Uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ

Diante dos comentários apresentados até o momento, notadamente ao reconhecer a existência de uma solidariedade entre os cônjuges, faz-se carecido trazer à discussão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que toca ao reconhecimento da obrigação de prestar alimentos ao ex-cônjuge. Cuida ponderar, em um primeiro momento, que o STJ, em jurisprudência remansosa, assentou entendimento que a obrigação de pagar a verba alimentar se dá em situação específica e em tempo determinado. Ora, aludida situação encontra substância na premissa que os alimentos devem ser suficientes para assegurar uma potencial inserção no mercado de trabalho, ofertando-lhe igualdade de condições com o alimentante. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial no sentido que:

Ementa: Civil e Processo Civil. Alimentos devidos ao ex-cônjuge. Pedido de exoneração. Possibilidade. 1. Cinge-se a controvérsia a determinar se o recorrente deve ser exonerado da pensão paga a sua ex-cônjuge, desde a época da separação, ocorrida há quase dez anos, tendo em vista que a recorrida exerce já tinha formação profissional à época da separação. 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão, tem uma fonte de renda e recebeu pensão alimentícia por nove anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 4. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp nº 1.616.889/RJ/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 13.12.2016/ Publicado no DJe em 01.02.2017).

Ementa: Civil e Processo Civil. Alimentos devidos ao ex-cônjuge. Pedido de exoneração. Possibilidade. 1. Diploma Legal: Código Civil. 2. Cinge-se a controvérsia a determinar se o recorrente deve ser exonerado da pensão paga a sua ex-cônjuge, desde a época da separação, ocorrida há mais de 05 anos, tendo em vista que a recorrida exerce atividade laboral de nível idêntico ao do alimentante. 3. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 6. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada está trabalhando em atividade de nível superior por cinco anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 7. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp nº 1.559.564/MG/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 22.11.2016/ Publicado no DJe em 30.11.2016).

Ementa: Processual Civil e alimentos transitórios. Agravo interno. Inovação, em sede de agravo interno. Impossibilidade. Decisão restabelecendo o decidido na sentença. Não significa restabelecimento da sentença, para substituição da decisão desta corte, pela sentença. [...] 2. Entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, desfeitos os laços afetivos e familiares, a obrigação de pagar alimentos é excepcional, de modo que, quando devidos, ostentam, ordinariamente, caráter assistencial e transitório, persistindo apenas pelo prazo necessário e suficiente a propiciar o soerguimento do alimentado, para sua reinserção no mercado de trabalho ou, de outra forma, com seu autossustento e autonomia financeira. (REsp 1.454.263/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 08/05/2015) 3. A afirmação de restabelecimento da sentença - que exonerou o ora recorrente da obrigação alimentar -, evidentemente, não significa a substituição da decisão desta Corte pela sentença. 4. Agravo interno não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgInt no AREsp 833.448/SP/ Relator: Ministro Luís Felipe Salomão/ Julgado em 27.09.2016/ Publicado no DJe em 07.10.2016).

Diante do entendimento jurisprudencial ilustrativo apresentado, denota-se que o argumento autorizador para a manutenção da verba alimentar em favor de ex-cônjuge encontra subsídio na necessidade do alimentando em reunir condições para se realocar no mercado de trabalho. Para tanto, conforme dito alhures, a verba alimentar deve ser estabelecida com prazo certo, a fim de evitar que o encargo se torne pagamento indevido em prol de alimentando que reúne condições laborais para se realocar no mercado, não o fazendo apenas pela conveniência do recebimento de tal *quantum*. De outro ponto, o próprio Superior Tribunal de Justiça já externou entendimento de ser devido o pagamento de verba alimentar, sem prazo determinado, ao ex-cônjuge que não mais possui condições de ser inserido no mercado de trabalho, em razão da idade avançada ou, ainda, por questões de saúde. Neste sentido, ainda, pode-se colacionar:

Ementa: Recurso Especial. Direito Civil. Família. Alimentos entre ex-cônjuges. Caráter transitório. Ação de exoneração. Possibilidade do alimentante inalterada. Incapacidade laboral da alimentada. Recurso não provido. 1. Nos termos da jurisprudência atualmente consolidada no STJ, os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados, como regra, com termo certo, somente se justificando a

manutenção por prazo indeterminado do pensionamento em face de situação excepcional, como a incapacidade permanente para o trabalho ou a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho. 2. Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, concluíram pela improcedência do pedido de exoneração, em face das possibilidades do alimentante e da incapacidade da alimentada de prover o próprio sustento, dada sua idade avançada e doenças diversas de que padece. Situação excepcional que não justifica a exoneração da obrigação alimentar. 3. Recurso especial não provido.

(Superior Tribunal e Justiça – Quarta Turma/ REsp nº 1.558.070/SP/ Relator: Ministro Marco Buzzi/ Relator para o Acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti/ Julgado em 25.10.2016/ Publicado no DJe em 01.12.2016).

Denota-se, assim, que duas são as teses adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça, no que toca ao pagamento de verba alimentar entre ex-cônjuges. A primeira tese considera que o alimentando necessita do recebimento da verba por período transitório, com tempo determinado, sendo suficiente para assegurar a reinserção do ex-cônjuge no mercado de trabalho. Logo, a tese considera que o ex-cônjuge alimentando possui idade e condições para voltar a ocupar posto no mercado de trabalho. A segunda tese, porém, diante de situações concretas e de maneira excepcional, considera que o pagamento da verba alimentar ao ex-cônjuge alimentando é devida por tempo indeterminado, em decorrência de aquele encontrar-se em idade avançada e/ou problemas de saúde e não mais possui condições de ser reinserido no mercado de trabalho. Constatase, assim, que a segunda tese apresenta-se como interpretação adotada em situações excepcionais, visando assegurar o mínimo de dignidade da pessoa humana em favor do ex-cônjuge que não possui condições de se manter.

Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 11 fev. 2017.

_____. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v. 06. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010

NOTAS:

[1] VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 1.538

[2] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 635

[3] Neste sentido: VENOSA, 2010, p. 1.538: “Assim, alimentos na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da limitação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução”.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 586.

[5] MADALENO, 2008, p. 635.

[6] CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

[7] MADALENO, 2008, p. 637.

[8] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 11 fev. 2017: “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

[9] MADALENO, 2008, p. 637.

[10] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 638.

[11] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[12] CAHALI, 2002, p. 22.

[13] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 637.

[14] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[15] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** v. 06. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 331.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 637.

[17] CAHALI, 2002, p. 22.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017: “**Art. 948.** *No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [omissis] II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.*

[19] CAHALI, 2002, p. 26.

[20] BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017: “**Art. 273.** *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.*

[21] MADALENO, 2008, p. 638.

[22] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 639.

[24] MADALENO, 2008, p. 639.

[25] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 639.

[26] MADALENO, 2008, p. 639.

[27] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 640.

[28] MADALENO, 2008, p. 641.

[29] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017: "**Art. 206**. Prescreve: [omissis] **§2º** *Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem*".

[30] MADALENO, 2008, p. 642.

[31] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[32] MADALENO, 2008, p. 643.

[33] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[34] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. 05. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 634

[35] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017: "**Art. 404**. *Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos*".

[36] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 590.

[37] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[38] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 591.

[39] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[40] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[41] BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017 .

[42] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[43] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017

[44] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 594.

[45] MADALENO, 2008, p. 647.

[46] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 595.

[47] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil .Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2017: “**Art. 1.511**. *O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”

[48] MADALENO, 2008, p. 64.

[49] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 11.

[50] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 11 fev. 2017

[51] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial Nº 995.538/AC. Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada. Redução do valor com base nos elementos fáticos do processo. Restrições legais ao dever de prestar alimentos entre os companheiros não declaradas no acórdão impugnado. Inviabilidade de análise da questão. Imutabilidade da situação fática tal como descrita pelo Tribunal estadual. - Discute-se a obrigação de prestar alimentos entre companheiros, com a peculiaridade de que o recorrente fundamenta suas razões recursais: (i) em alegada quebra, por parte da recorrida, dos deveres inerentes às relações pessoais entre companheiros, notadamente o dever de respeito (art. 1.724 do CC/02); (ii) no suposto “procedimento indigno” da ex-companheira em relação ao credor de alimentos (art. 1.708, parágrafo único, do CC/02); e, acaso não acolhidos os pleitos antecedentes, (iii) na redução dos alimentos para apenas os indispensáveis à subsistência da alimentanda, sob a perspectiva de que a situação de necessidade resultaria de culpa da pleiteante (art. 1.694, § 2º, do CC/02). [...] – Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante

o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência [...]. Recurso especial não conhecido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04 mar. 2010. Publicado no DJe em 17 mar. 2010. Disponível em: . Acesso em 11 fev. 2017.

ANÁLISE DA TIPICIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI N. 8137/90: APLICAÇÃO DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE DE RAÚL ZAFFARONI

ADRIANA MONTEIRO ESPINHEIRA: Analista Processual do Ministério Público da União, lotada no Ministério Público do Trabalho de Foz do Iguaçu, Pós-graduada em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Resumo: A legitimidade do Estado quanto ao exercício do direito de punir não é ilimitada. A política criminal norteia o fundamento para que determinados bens jurídicos sejam tutelados enquanto princípios constitucionais impõem limites para ao *jus puniendi*. O objetivo desse trabalho é demonstrar que o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 pode ser considerado atípico porquanto não subsume a tipicidade conglobante de Raúl Zaffaroni (antinormatividade e tipicidade material).

Palavras chave: direito de punir do estado; princípios constitucionais; tipicidade conglobante

Abstract: The legitimacy of the state's right to punish is not unlimited. The criminal policy guides the foundation for that certain goods legal are safeguarded while constitutional principles impose limits to *jus puniendi*. The aim of this paper is to demonstrate that the first paragraph of the art. 10. of Law 8137/90 can be considered atypical because does not fit into Zaffaroni's typicality conglobante (antinormativity and typicality material)

Keywords: state's right to punish; constitutional principles; typicality conglobante.

Sumário: Introdução. 1. O poder de punir do Estado somente se legitima enquanto não for arbitrário. 2. A Política Criminal enquanto instituto norteador para a seleção de bens jurídicos fundado em princípios constitucionais que limitam o poder de punir do Estado. 2.1. Princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. 2.2. Princípio da lesividade. 2.3. Princípio da reserva legal. 3 Breves linhas acerca da Teoria da Tipicidade Conglobante de Raúl Zaffaroni: diretrizes para análise da tipicidade do parágrafo único do art.1º da Lei 8137/90 3.1. Atipicidade do parágrafo único do art.1º da Lei 8137/90 pautada na Teoria da Tipicidade Conglobante. 4. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O homem renunciou parte da sua liberdade para outorgar ao Estado a legitimidade de atuar em busca de formas adequadas e convenientes para o convívio social, sendo que o meio mais violento e, portanto, excepcional para alcançar esse objetivo é o direito penal.

É certo que *jus puniendi* Estatal interfere diretamente nos direitos elementares da pessoa humana, por essa razão existe uma necessidade indeclinável do Estado Democrático de Direito instituir limitações a este poder.

A Política Criminal, além de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, também constitui uma forma de aprimoramento e adequação do direito penal aos princípios constitucionalmente consagrados.

Percebe-se, entretanto, que quando o detentor do direito de punir excede aos limites aventados pelo nosso ordenamento jurídico, a norma passa a não mais ser reconhecida como legítima.

O objetivo desse trabalho é demonstrar que a criminalização da conduta descrita no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 importa em abuso do poder de punir do Estado porquanto contrária aos princípios da reserva legal, lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade.

Ainda nesse particular, buscar-se-á demonstrar que, nos termos da Teoria da Tipicidade Conglobante de Raúl Zaffaroni, a referida conduta sequer poderá ser considerada típica.

1. O PODER DE PUNIR DO ESTADO SOMENTE SE LEGITIMA ENQUANTO NÃO FOR ARBITRÁRIO

No estado de natureza, evidenciado por Thomas Hobbes^[1] e Jacques Rousseau^[2], vigorava a luta entre fortes e fracos consubstanciado no poder da força. Com a passagem à sociedade civil, o poder político e as leis foram criados. Nesse momento, os homens estabelecem um pacto em busca da convivência pacífica que, somente se tornou possível, mediante a renúncia da liberdade natural com a transferência de riquezas e armas ao soberano, o qual, em virtude do contrato social, possuía o poder de criar e aplicar leis.

Para John Locke, a transmutação do estado de liberdade natural em prol da instauração de um corpo político somente pode se dar através do

livre consentimento. Nessa concepção, surge a necessidade de um terceiro, equidistante e isento, para julgar as lides e os conflitos imanentes à convivência em sociedade[3].

Para organização da vida social percebeu-se que a liberdade privada, decorrente da própria liberdade natural, poderia ocupar espaços que não afetassem o bem comum, sendo possível afirmar que a organização grupal positivou a atuação de um poder soberano (Estado) em detrimento dessa liberdade. Nos primeiros moldes instrumentais esse mecanismo de legitimação do poder confundiu-se com a religião e a moral, adquirindo feições místicas a serem respeitadas sob pena de banimento ou morte daquele que viesse a descumprir tal norma[4].

Certo é que através do pacto social legitimou-se a atuação do soberano para a promoção de garantias individuais, inclusive mediante a utilização da força e violência sobrepondo-se a vingança privada pautada na “lei da selva”. É a busca desse acordo artificial que faz nascer o Estado.

Para Hobbes, os homens reunidos numa multidão de indivíduos, pelo pacto, passam a constituir um corpo político, uma pessoa artificial criada pela ação humana e que se chama Estado. Para Rousseau, os indivíduos naturais são pessoas morais, que, pelo pacto, criam a vontade geral como corpo moral coletivo ou Estado[5].

Pergunta-se: em que se funda a legitimação da autoridade estatal? Locke assegura que a liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento da comunidade, nem sob o domínio de vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado[6]. Então, podemos concluir que o *jus puniendi* estatal legitima-se através do assentimento dado pelo povo, através do contrato social.

Pode se dizer que somente em virtude dessa outorga que foi possível delimitar os primeiros moldes do direito penal afastando-o da vingança privada. No direito primitivo a pena era meramente física, objetiva, degradante e eminentemente corporal. Imputava-se a responsabilização coletiva através da penalização não só do acusado, mas também de seus familiares, por exemplo. Numa fase humanitária, iniciada por Cesar

Beccaria, a pena passa a ser baseada na culpa, reprovação social, assumindo um caráter de retribuição ética, intimidativo e regenerador[7].

A atuação estatal como agente limitador apoia-se no discurso da manutenção da paz social e, sobretudo, na defesa dos direitos individuais. Acontece que o regramento excessivo leva ao refreamento e obstrução o das liberdades humanas, ao passo que a ausência de limites inviabiliza a produção do bem comum. O tamanho do Estado e, por conseguinte, da legislação por ele instituída, deve ser compatível com as necessidades reais de regramento da convivência social[8].

Para John Locke a autoridade é limitada pelos parâmetros legais, sendo que “a exacerbação do poder conferido pela lei ao Estado, com violação dos direitos individuais, resulta, em última análise, na deslegitimação de tal poder, passível de imediata recusa pelo indivíduo, ainda que através de métodos revolucionários”[9].

A partir da obra de Beccaria, na segunda metade do século XVIII, foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado; o primeiro instituto para que tal desiderato fosse alcançado foi o Princípio da Legalidade[10]. Segundo o referido autor:

Cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível de liberdade. (...) O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça

Por meio do contrato social atribui-se ao Estado a defesa de bens jurídicos indispensáveis a garantia da liberdade na sociedade civil, entretanto, patente era a necessidade de extirpar do Direito Penal objetivos pessoais, políticos e arbitrários, o que somente foi possível através da limitação da atuação estatal.

A inafastabilidade da existência de leis em toda e qualquer sociedade hodierna demonstra sua utilidade para a consecução do bem comum. Considerando que as decisões do Estado, qualquer que seja o contexto, são de obediência coercitiva pelos cidadãos, ainda que possam contrariar seus interesses particulares,

Todavia, conforme assegura Hobbes, os extremos devem ser contestados na medida em que o termo ideal encontra-se na compatibilidade

entre o bem comum e o bem individual^[11]. Considerando, pois, que a pena, assim como o crime, também é uma manifestação da violência^[12], o direito penal não deve ser utilizado indiscriminadamente, sendo a excepcionalidade um dos mecanismos limitadores do poder Estatal de punir.

Nesse sentir, leciona Claus Roxin:

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.

O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista do contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada^[13].

Nas palavras de Claudio Brandão “o Direito Penal tem uma inegável face política, porque ele concretiza o uso estatal da violência”^[14], acrescenta, ainda, que segundo Guillermo Ouyña o Direito Penal é o mais sensível termômetro para aferir a feição liberal ou totalitária de um Estado, a saber:

Caso a violência da pena seja utilizada pelo Estado sem limites, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante de um Estado totalitário, ou ao invés, se a violência estatal for exercida dentro de limites determinados pelo Direito, aí se guardando o respeito à dignidade da pessoa humana, estamos diante de um Estado Democrático de Direito^[15].

Como bem se pode observar, o Direito Penal deve ser aplicado com parcimônia, isso porque, como deixa marcas indeléveis no ser humano. Por ser verdadeiramente uma forma de violência, deve ser a *ultima ratio* de controle, tendo em vista o fracasso dos outros meios formais para a proteção dos bens da vida relevantes.

2. A POLÍTICA CRIMINAL ENQUANTO INSTITUTO NORTEADOR PARA A SELEÇÃO DE BENS JURÍDICOS FUNDADO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE LIMITAM O PODER DE PUNIR DO ESTADO

O Direito Penal é o meio mais eficaz de que se vale o Estado no combate à violência, porém, da mesma forma, também é o que mais limita o exercício de Direitos Fundamentais do Homem[16], como, por exemplo, a liberdade. Em sendo assim, pergunta-se: o que deve ser entendido por bem jurídico merecedor da tutela penal?

Claus Roxin entende que bens jurídicos “são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, vida, integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece”[17].

Nesse contexto, orienta Cláudio Brandão que “somente o legislador pode constituir um bem jurídico, daí se infere que o surgimento ou a manutenção de um bem jurídico no Direito Penal é uma eleição política do citado legislador. O bem jurídico, assim, corrobora a face política do Direito Penal”[18].

Pois bem. O Estado é quem tem a outorga da sociedade para exercer o direito de punir de forma que, o próprio Estado, é quem seleciona os bens jurídicos que serão objeto de tutela penal das Políticas Criminais.

A Política Criminal, segundo Franz Von Liszt “nasce na segunda metade do século XVIII na Itália, fundamentalmente com o advento da publicação da obra de Beccaria e sua preocupação com as formas eficazes de prevenção do delito e o conteúdo legislativo efetivo para alcançar tal finalidade[19]”.

Para Zaffaroni e Pierangelli “A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, o que implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. Extrai-se, portanto, que a Política Criminal trata-se de uma ação para efetivar a tutela dos bens jurídicos e, também, é uma forma de aprimoramento a tutela penal através da alteração e adequação às políticas recomendadas.

Se é o Estado, através do legislador que, fundado na Política Criminal, é quem seleciona os bens jurídicos mercedores da tutela do Direito Penal, é certo que esse poder legitimamente outorgado pela sociedade não pode ser ilimitado e, principalmente, discricionário.

Para tanto, encarregam-se os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade, legalidade e taxatividade de nortear e estabelecer limites à atuação do Estado no exercício do *jus puniendi*. É o que abordaremos a seguir.

2.1. PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E FRAGMENTARIEDADE

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos que – não eficazmente protegidos pelos outros ramos do direito – necessitam de tutela mais gravosa do Estado considerando, logicamente, a intensidade da ofensa.

Enquanto norma de caráter fragmentário, o Direito Penal somente deve intervir para a solução de conflitos e consequente pacificação social quando medidas judiciais ou administrativas não forem suficientes para prevenir ou punir uma conduta ilícita e socialmente reprovável. Na lição de Rogério Greco:

A fragmentariedade é, como já foi dito, uma consequência da adoção da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que serviram para orientar o legislador no processo de criação dos tipos penais. Depois da escolha das condutas que serão reprimidas a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem jurídico por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do direito penal. A

fragmentariedade é, portanto, a concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano abstrato da anterioridade a criação da figura típica[20].

É possível afirmar, portanto, que o Direito Penal é determinado como “*ultima ratio* da política social”[21], de forma que o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico[22].

Desse modo, será inadequada e desnecessária a criminalização da conduta cujo bem é satisfatoriamente protegido por outras formas de sanções ou outros meios de controle social. Assevera Claus Roxin:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como *ultima ratio* da política criminal e se define a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos[23]

Além de impor a subsidiariedade à tutela do Direito Penal, é possível observar, ainda, que o princípio da intervenção mínima orienta o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, os quais exigem proteção mais enérgica do Estado. De outro modo, o referido princípio ainda possibilita o legislador perceber que determinadas condutas já não mais necessitam da especial proteção do Direito Penal, visto que satisfatoriamente protegidos por outros ramos do direito.

Quanto a esse último aspecto, diante da possibilidade de aplicação de outras soluções que não a excepcional e reconhecidamente extrema tutela Penal, prefere[24]-se os modos extrapenais de soluções dos conflitos. É o que corrobora André Copetti, assinalando que:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político jurídica deve se dar preferência a todos os modos extrapenais de soluções de conflitos. A repressão penal deve ser o ultimo instrumento a ser utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.

Entende-se, portanto, que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos através da tipificação condutas que possam lesioná-los ou, ao menos, ameaçá-los. Em sendo assim, pode se dizer que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico[25].

2.2. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Destaque-se que, assim como a subsidiariedade a lesividade também norteia a Política Criminal na seleção do bem jurídico assim como o aprimora a tutela penal consubstanciando, inclusive, verdadeiro pressuposto do *jus puniendi*.

De acordo com o princípio da lesividade ou ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. Segundo Luiz Flávio Gomes, “para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia[26]”

Diante dessa assertiva, pode se dizer que somente a ação ou omissão cuja repercussão é intolerável que pode causar repercussões visíveis sobre a convivência social é que deve ser incriminada. Neste sentido, corrobora Zaffaroni:

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma

imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional[27]

Desse modo, a intervenção estatal somente se justifica quando estivermos diante da violação à bens jurídicos importantes, aliado a insuficiência dos outros ramos do direito no que diz respeito a sua tutela.

2.3. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O agente deve saber exatamente qual conduta não deve praticar em virtude de expressa proibição legal, desse modo, busca-se afastar o arbítrio Estatal porque, a depender do momento político, existe a possibilidade do detentor do *jus puniendi* alargar a exegese da norma de modo a abarcar condutas que sejam do seu exclusivo interesse.

Diante dessa necessidade, surge o princípio da legalidade que, segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas[28].

No texto constitucional, o referido princípio está insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem

prévia cominação legal”. É importante salientar que atribui-se à *nulla crimen nulla poena sine praevia lege* a Anselm Von Feuerbach, o qual assevera que:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (nullum poena sine lege). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. 11) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (nulla poena sine crimine). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (nullum crimen sine poena legalz). Conseqüentemente, o mal, como conseqüência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.[\[29\]](#)

Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibitivas (comissivas e omissivas), sob a ameaça de sanção.

Para tanto, subsiste a necessidade de que o preceito primário do tipo penal incriminador tenha uma definição precisa da conduta proibida, devendo ser taxativa. Daí advém o princípio da taxatividade que é uma construção doutrinária fundamentada no Estado Democrático de Direito decorrente, especificamente, do princípio da legalidade.

É possível afirmar, então, que a taxatividade, oriunda do princípio da reserva legal, é diretamente dirigida ao legislador, sendo que o seu principal escopo é impor a necessidade de que as condutas típicas sejam elaboradas de maneira clara e inteligível, isso porque a utilização de termos subjetivos, dúbios, valorativos, vagos e imprecisos possibilitariam o abuso Estatal.

Registre-se que para uma norma penal incriminadora atenda aos postulados do Estado Democrático de Direito, ela deve ser suficientemente precisa no que diz respeito à descrição dos elementos do tipo assim como quanto à correspondente sanção penal.

Considerando os ensinamentos ora delineados, já é possível indagar se o quanto disposto no parágrafo único do art.1º da Lei 8137/90 obedece aos princípios constitucionalmente consagrados ou importa em excesso do poder de punir do Estado. Pergunta-se, ainda, se a referida norma incriminadora amolda-se a tipicidade preconizada na Teoria da Tipicidade Conglobante de Raul Zaffaroni. É o que trabalharemos a seguir.

3. BREVES LINHAS ACERCA DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE DE RAÚL ZAFFARONI: DIRETRIZES PARA ANÁLISE DA TIPICIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.1º DA LEI 8137/90

Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis[30]. É possível, entretanto, que normas possam apresentar incongruências quando confrontadas com o ordenamento jurídico, sendo que, nessas hipóteses, a Teoria da Tipicidade Conglobante de Raúl Zaffaroni funciona como verdadeiro corretivo da tipicidade penal posto que considera que essa antinomia deve ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico[31].

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli[32], não é possível que no ordenamento jurídico que se entenda como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomente. Demais disso, a simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da tipicidade formal (ou legal) com a tipicidade conglobante[33].

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é antinormativa, isto é, contrária a norma penal e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o direito penal (tipicidade material).

Para essa teoria, a tipicidade penal é constituída pela junção da tipicidade formal (modelo abstrato da lei) e da tipicidade conglobante (que engloba a tipicidade material e a antinormatividade).

Antinormatividade seria toda conduta contrária às normas e as suas determinações. Dentro da teoria de Zaffaroni, a "antinormatividade constitui elemento integrante da tipicidade conglobante, que por sua vez integra o próprio

fato típico"[34]. Condutas que sejam fomentadas pela norma não são consideradas antinormativas.

Na análise da tipicidade material deve-se apurar se a conduta é realmente lesiva aos bens protegidos pelo direito penal. Para tanto, considera-se que a finalidade do direito penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha de bens que serão tutelados pelo direito penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser protegido, mas aqueles que gozem de considerável importância. Assim, é pelo critério da tipicidade material que se afere a relevância do bem no caso concreto.

Desse modo, para que se possa falar em tipicidade penal é preciso haver a fusão da tipicidade formal (tipo descrito pela norma) com a tipicidade conglobante (antinormatividade e tipicidade material).

Considerando, pois, as diretrizes da tipicidade conglobante, analisaremos se o parágrafo único do art.1º da Lei 8137/90 pode ser considerado penalmente típico.

3.1. ATIPICIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.1º DA LEI 8137/90 PAUTADA NA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante o emprego das condutas descritas na Lei 8137/90.

Há quem sustente que o bem jurídico tutelado nas hipóteses de crime contra a ordem tributária é a fé pública, a coletividade, a administração pública, entre outros, mas, o que a norma jurídico-tributária visa tutelar é o patrimônio público formado pelo pagamento da exação tributária, sendo certo, entretanto, que todos os outros referidos bens são tutelados por via reflexa.

Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio os crimes contra ordem tributária visam “tutelar o erário público, preservando-o de manobras fraudulentas ou de falsidades”[35].

É possível constatar que as condutas tipificadas na lei de crimes contra ordem tributária assemelham-se aquelas reprimidas pelo Código Penal, a exemplo

da apropriação indébita, fraudes e falsificações, de modo que inegavelmente violam bens jurídicos relevantes merecendo, portanto, a tutela do direito penal. Há um dispositivo, entretanto, que se distancia – um tanto quanto – dessa sistemática. Observe-se:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Diferentemente dos crimes materiais enumerados nos incisos I à V do art. 1º, o parágrafo único retro transcrito é um crime formal, isto é, "se consuma com o desatendimento à exigência da autoridade fiscal, independentemente da verificação naturalística de qualquer resultado, como, por exemplo, a vantagem patrimonial do sujeito ativo ou terceiro e prejuízo econômico do Estado, como ocorre no 'caput' do art.1º"[\[36\]](#).

De antemão já se observa que o parágrafo único do art. 1º da Lei 8137/90 é uma norma penal aberta que possibilita o detentor do *jus puniendi* controlar a sua extensão e conteúdo. Isso porque, a possibilidade de se formular inúmeras indagações demonstram que o conteúdo do referido dispositivo é vago e impreciso, dentre as quais: Trata-se de desobediência ou um simples desatendimento a uma exigência da autoridade? Quem seria essa autoridade? Como auferir a menor ou maior complexidade da matéria? O que importaria em dificuldade ao atendimento da exigência?

Se uma norma, de acordo como princípio da reserva legal, deve ser precisa e determinada, as dúvidas suscitadas quanto ao alcance do parágrafo único do art. 1º da Lei 8137/90 nos leva a concluir pela imprecisão do tipo e, portanto, pela violação do princípio da legalidade, especificamente quanto a taxatividade.

Demais disso, é possível observar que também viola o princípio da legalidade o fato do parágrafo único do art. 1º da Lei 8137/90 não estabelecer inequivocamente a respectiva sanção penal. Ao que parece, a conduta é penalizada mediante equiparação ao inciso V do mesmo artigo. Isso é, quem não atente à exigência da autoridade quanto ao fornecimento de nota fiscal ou documento equivalente se sujeita à pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Nesse momento, para que se perceba o quão desarrazoado mostrasse a pena cominada, basta lembrar que trata-se de um crime formal, que consuma-se independentemente da verificação naturalística de qualquer resultado, como, por exemplo, a vantagem patrimonial do sujeito ativo ou terceiro e prejuízo econômico do Estado. Veja: aquele que deixou de atender a exigência da autoridade, ainda que não haja qualquer prejuízo ao erário, submete-se a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, assim como àquele que favorece a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

A falta de proporcionalidade torna-se ainda mais patente quando contrastamos a pena cominada para a conduta descrita no parágrafo único do art. 1º da Lei 8137/90 com outros tipos cujos bens jurídicos são infinitamente mais relevantes. A exemplo do crime de sequestro em que a vítima tem sua liberdade cerceada por um indivíduo que se sujeitará a uma pena de reclusão de um a três anos; ou o constrangimento ilegal, em que há o uso da violência ou grave ameaça e a pena cominada é de detenção de três meses a um ano ou multa. Destaque-se que até mesmo o furto – que comina pena de reclusão de um a quatro anos e multa – não alcança o rigor da pena cominada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 8137/90.

Diante de tamanha desproporção, há quem defenda que se deve aplicar, analogicamente, a pena prevista para o art. 330 do Código Penal (crime de desobediência). É o que assegura Luiz Otávio de Oliveira Rocha:

Aplicadas essas proposições à questão que aqui examinamos, aflora que o tipo penal do parágrafo único em exame somente se encaixa no ordenamento

jurídico vigente se interpretado com as seguintes limitações: a) a conduta que pode configurar infração é somente aquela que deriva da conjugação do seu texto com o do inciso V – como determina a norma –, isto é, a ‘falta de atendimento a exigência da fiscalização’ que possui relevância penal é somente a que se prende ao fornecimento de notas fiscais ou documentos equivalentes (cupons fiscais e assemelhados); e b) a pena aplicável não pode ser aquela prevista para os crimes materiais dos incisos I a V do artigo 1º, devendo-se aplicar, segundo o critério da proporcionalidade, a pena prevista para o delito análogo, o art. 330 do C. Penal^[37].

Acontece que, caso essa aplicação analógica fosse possível, não haveria a necessidade de o legislador especializar a tipificação do delito de desobediência na hipótese de crimes contra ordem tributária. Desse modo, estaríamos atestando que o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 é inócuo em virtude de existir outra norma penal que contempla a conduta criminalizada.

A dificuldade em identificar qual pena será cominada ao parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90, considerando o princípio da proporcionalidade, também conduz a conclusão de que o mencionado dispositivo ignora o princípio da reserva legal (legalidade e taxatividade) posto que a sanção imposta não é inequívoca.

Tecidas essas breves considerações acerca da impropriedade do mencionado dispositivo quanto à adequação ao princípio da reserva legal o que, *de per se*, já justificaria o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, passaremos a analisar a atipicidade do mencionado dispositivo, segundo a Teoria da Tipicidade Conglobante.

O primeiro elemento a ser trabalhado, é a antinormatividade. Conforme já discorrido, a antinormatividade traduz uma conduta não fomentada ou não exigida pelo Estado. Para que seja possível analisar se a conduta descrita no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 é, ou não, fomentada pelo Estado, faz-se necessário analisar a finalidade do mencionado dispositivo.

O parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 tem como objeto a criminalização da conduta daquele que não fornece notas fiscais ou documento equivalente quando exigido pela autoridade. A partir da interpretação literal da norma poderíamos concluir que o bem jurídico que se busca tutelar é o prestígio da função pública quando a autoridade exige a apresentação de notas fiscais com o objetivo de fiscalizar a regularidade da arrecadação.

Acontece que, diferentemente do crime de desobediência, o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 não se limita tutelar, apenas, o cumprimento das determinações legais expedidas pelo funcionário público pautando pela dignidade e prestígio da máquina estatal administrativa. Caso pugnássemos por essa linha interpretativa, a invariável conclusão seria a de que não haveria necessidade de o legislador descrever a conduta do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 posto que o bem jurídico já estaria plenamente protegido pelo quanto disposto no art. 330 do Código Penal.

O que se percebe é que o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 tutela a autoridade e prestígio Estatal na hipótese de descumprimento ao atendimento de determinada exigência, qual seja: apresentação de notas fiscais ou documento equivalente.

A finalidade do referido dispositivo é, portanto, acompanhar a atividade arrecadatória, isto é, fiscalizar a regularidade do contribuinte. Conforme ressalta Rui Stoco “a fiscalização sempre se ressentiu da dificuldade encontrada na obtenção de informações e acesso aos documentos e livros contábeis, cuja verificação é fundamental aos trabalhos de auditoria fiscal junto a empresa”^[38].

Destaque-se que, segundo a própria descrição típica do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 a falta de atendimento da exigência da autoridade caracteriza a infração prevista no inciso V do mesmo diploma legal, ou seja “**negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação**”.

Considerando que o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 trata-se de um delito autônomo que tem como objetivo propiciar a atividade fiscalizatória com a finalidade, inclusive, de obter materialidade delitiva

quanto aos demais crimes contra a ordem tributária, é possível concluir que a incriminação da conduta daquele que deixa de atender a exigência da autoridade quanto a apresentação de nota fiscal ou documento equivalente é incongruente com o quanto disposto no art. 8º, 2, alínea “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH.

A não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º, 2, alínea 'g' da Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica)[39], que o Brasil. Vejamos:

Art. 8º - Garantias judiciais:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Ora. Se o Estado não obriga ninguém a produzir provas contra si mesmo, sendo correto afirmar que essa conduta é autorizada pelo nosso ordenamento jurídico, o quanto disposto no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 não goza de antinormatividade porquanto fomentada pelo próprio estado.

No que diz respeito a tipicidade material, é possível perceber a ausência de lesividade da referida conduta, assim como à violação aos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade.

Os demais crimes contra ordem tributária criminalizam as condutas de suprimir ou reduzir tributo em detrimento do erário público, ao tempo em que o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 incrimina conduta que não traz qualquer possibilidade concreta de dano a bem jurídico relevante. É correto afirmar que o art. 1º da Lei 8137/90 não traz a possibilidade concreta de dano ao patrimônio público, que – frise-se – não é diretamente lesionado pela prática da conduta criminalizada.

Se o direito penal visa à tutela do cidadão e minimização da violência, as proibições penais justificadas devem ser necessárias. Há, portanto,

ofensa ao princípio da lesividade na incriminação da conduta tratada pelo parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90, posto que não traz a possibilidade concreta de dano. Não é suficiente adequar a conduta punitiva à forma, mas “asseverar a relevância penal dos comportamentos que se mostrem realmente, ao menos em termos potenciais, lesivos ao bem-jurídico”.^[40]

Pois bem. Se a finalidade do referido dispositivo é fiscalizar a atividade arrecadatória, outros diplomas legais já exercem força cogente sobre a referida conduta, inclusive, mediante a imposição de multa para a hipótese de descumprimento.

Neste particular, o Código Tributário Nacional preconiza, nos termos do art. 113, §2º que a obrigação acessória tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. As legislações Estaduais, Municipais e Federais cominam multa para a hipótese do descumprimento da obrigação acessória de emitir ou apresentar notas fiscais estabelecendo multas que chegam a ultrapassar 100% do valor da obrigação.

Como a criminalização da conduta cujo bem é satisfatoriamente protegido por outras formas de sanções ou outros meios de controle social é inadequada e desnecessária, o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 viola o princípio da fragmentariedade assim como o da subsidiariedade considerando que a repressão penal deve ser o último instrumento a ser utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis, o que não é o caso.

De acordo, portanto, com a Teoria da Tipicidade Conglobante, não é possível identificar no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 antinormatividade e tipicidade material de modo que podemos concluir pela sua atipicidade.

4, CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que um fato constitua uma infração penal é necessário verificar a sua tipicidade, a qual, a princípio, é aferida mediante a subsunção exata da conduta ao modelo abstrato previsto na norma penal incriminadora.

Contudo, através da Teoria da Tipicidade Conglobante, que funciona como verdadeiro corretivo da tipicidade penal, a conduta é típica se antinormativa e ofensiva aos bens de relevo para o direito penal. Pode-se dizer que a referida teoria nos possibilita exercer juízo de razoabilidade

sobre aquela conduta que o estado diz ser típica, exercendo um verdadeiro controle sobre os excessos do detentor poder de punir.

Se a conduta criminalizada, como é o caso parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90, importa em violação de princípios constitucionais; não é antinormativa nem representa ofensividade a bem jurídico relevante, podemos, por meio da referida teoria, reconhecer a sua atipicidade.

Desse modo, é possível pautar pela atipicidade do quanto disposto no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8137/90 por meio da aplicação da Teoria da Tipicidade Conglobante, reconhecendo, por oportuno, que trata-se de um verdadeiro excesso.

Referências

ARAGÃO, Nancy. **Você conhece Direito Penal?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. Vol. II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal. Parte Geral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural.** 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Editora UnB, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional do Direito Penal.** RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, jan./jun. 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil.** 4 ed.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2000.

EISELE, Andréas. **Crimes contra a ordem tributária,** Dialética: São Paulo, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. vol. 6.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 12ª Edição: Rio de Janeiro. 2010. Vol. I.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Impetus, v. 1, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret Ed., 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Filosofia política em Hobbes e Locke: Conflitos e soluções para uma adequada atuação estatal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

MORAES, Alexandre de & SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 5ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª Edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

PRADO, Luiz Regis apud SANTORO, Luciano de Freitas. **Bem Jurídico e Tutela Penal de Ultima Ratio**. Disponível em: www.elciopinheirodecastro.com.br Acesso em: 30 ago. 2010

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. **O tipo penal do parágrafo único do artigo 1º da Lei 8137/90: uma interpretação à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade** em www.direitocriminal.com.br Acesso em: 19 nov. 2010

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret Ed., 2008.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vegas, 1998

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.33.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo, RT, 2006.

STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Coord. 7ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. Vol. 1. 2001.

NOTAS:

[1] Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret Ed., 2008, p. 31

[2] Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret Ed., 2008, p. 29

[3] BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p.156.

[4] GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 290-291.

[5] CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000, p. 220-223.

[6] LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 35.

[7] ARAGÃO, Nancy. **Você conhece Direito Penal?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. Vol. II, p. 69 e 70.

[8] MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Filosofia política em Hobbes e Locke: Conflitos e soluções para uma adequada atuação estatal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. p. 27

[9] LOCKE, op. cit, p. 35.

[10] ARAGÃO, Nancy, ob. cit. p. 34

[11] MARQUES, ob. cit. p. 29

[12] CARNELUTTI, Francesco apud BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional do Direito Penal**. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, jan./jun. 2006. p. 201

[13] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: *Renovar*, 2006, p.33.

[14] BRANDÃO op. cit. p.201.

[15] OUVIÑA apud BRANDÃO ibid, p.201.

[16] MARQUES, ob. cit. p. 35

[17] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vegas, 1998. p. 25

[18] CARNELUTTI, Francesco apud BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional do Direito Penal**. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, jan./jun. 2006. p. 206

[19] Franz Von Liszt apud CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4 ed. p. 93.

[20] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 12ª Edição: Rio de Janeiro. 2010. Volume I, p. 58

[21] ROXIN, ob. cit. p. 65.

[22] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal. Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 32.

[23] ROXIN, op. cit, p.65

[24] COPETTI apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Impetus, v. 1, 2005. p. 87

[25] PRADO, Luiz Regis apud SANTORO, Luciano de Freitas. **Bem Jurídico e Tutela Penal de Ultima Ratio**. Disponível em: < <http://www.elciopinheirodecastro.com.br>> Acesso em: 30 ago. 2010

[26] GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. vol. 6. p. 15.

[27] GOMES, ibid. p. 18

[28] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 67

[29] FEUERBACH apud GRECO, Rogério op. cit. p.91.

[30] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1982. p.80

[31] GRECO ob. cit. p. 153

[32] ZAFFARONI e PIERANGELI apud GRECO, Rogério, ob. cit. p. 153

[33] GRECO, Rogério, ob. cit. p. 153

[34] ZAFFARONI apud GRECO, Rogério, ob. cit. p. 154

[35] MORAES, Alexandre de & SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 5ª Ed. Atlas. São Paulo. 2002. p.96.

[36] EISELE Andréas. **Crimes contra a ordem tributária**, Dialética: São Paulo, 1998, p. 141

[37] ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. **O tipo penal do parágrafo único do artigo 1º da Lei 8137/90: uma interpretação à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade** em <www.direitocriminal.com.br> Acesso em: 19 nov. 2010

[38] STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Coord. 7ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. Vol. 1. 2001.p. 619.

[39] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª Edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010, p. 43.

[40] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo, RT, 2006, p.166

SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA E A REPETIÇÃO TRIBUTÁRIA NOS IMPOSTOS PLURIFÁSICOS

GUILHERME AUGUSTO CRUZ ANDRADE:
Graduação na Puc/pr. Pós Graduação lato sensu
em Direito Tributário

Resumo: A metodologia da substituição tributária busca antecipar a tributação à ocorrência do fato gerador, a fim de satisfazer o interesse arrecadatário, facilitando a fiscalização e a aplicação das normas tributárias. Apesar de criticada por muitos doutrinadores, tal sistemática foi declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 1841/AL. Outra celeuma atinente ao tema, consiste na possibilidade da restituição imediata e preferencial dos tributos recolhidos a maior quando da utilização da sistemática da substituição progressiva, tema objeto de discussão no RE nº 593.849/MG.

Palavras Chaves: Substituição Tributária – Impostos plurifásicos – Repetição

Summary: The tax substitution methodology seeks to anticipate the triggering event of taxation occurrence, aiming to satisfy the money collecting objectives, making the inspection and applicability of fiscal laws easier. Although this methodology is criticized by many scholars, it was declared constitutional by STF at ADI 1841/AL trial. Another kerfuffle pertaining to the theme consists in the possibility of immediate and preferential refund of taxes collected exceeding the due amount, theme under discussion in case number 593.849/MG

Keywords: Tax substitution. Cascade Tax. Repetition.

Sumário: 1- Introdução. 2 –Hipótese de Incidência e Fato Imponível. 3- Finalidade de Sistemática da Substituição para Frente. 4- Possibilidade de Restituição do Imposto Recolhido a Maior. 5- Conclusão. 6- Bibliografia

1.INTRODUÇÃO

O Direito Tributário é arquitetado com alicerce em princípios e regras previstas na Constituição Federal, haja vista sua natureza interventiva no patrimônio do contribuinte.

É cediço que o ente Fiscal na busca maior índices de arrecadação inova a legislação tributária diariamente, criando novas regras de fiscalização, bem como aperfeiçoando as existentes.

Neste contexto, surge a figura da substituição tributária progressiva, instituto criado com o escopo de facilitar a atividade fiscalizatória do Estado. Esse método visa antecipar a arrecadação à ocorrência do fato gerador, presumindo sua ocorrência. Tal sistemática foi declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 1841/AL

O estudo desse método de arrecadação torna-se importante quanto se analisa imposto plurifásicos.

Também merece destaque a atual discussão que permeio o Poder Judiciário sobre a possibilidade de restituição dos valores recolhidos a maior, quando a base de cálculo se concretiza em importância inferior a estimada pelo Fisco.

Este trabalho será desenvolvido em duas etapas, sendo que inicialmente será exposto as peculiaridades do sistema de substituição progressiva, e posteriormente será analisado a possibilidade de repetição de valores recolhidos a maior.

2.HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E FATO IMPONÍVEL

Antes de adentrar no tema alusivo a substituição tributária, necessário é efetuar uma minuciosa análise sobre a estrutura da norma tributária.

A norma tributária é composta da hipótese de incidência consistente na descrição hipotética, prévia e genérica de fatos da vida real eleitos pelo legislador, que se praticados no mundo fenomênico ensejam o surgimento da obrigação tributária, conseqüentemente o dever jurídico de levar dinheiro aos cofres públicos.

Como bem ensina, Aliomar Baleeiro:

A lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributo. Geralmente o legislador escolhe certas manifestações positivas e concretas de capacidade econômica da pessoa, como patrimônio, a renda, o emprego desta surpreendido através dum ato, fato material ou negócio jurídico.

Essas situações ou hipóteses constituem o fato tributável ou “fato gerador”, comparado por Jêse ao fato delituoso, que sujeita alguém à ação penal. Não há pena ou crime sem a lei defina a figura delituosa. Não há dívida de imposto sem lei que estabeleça o fato gerador^[1]

Assim, a relação jurídica nasce no exato momento em que sobrevém o evento típico hipoteticamente previsto na hipótese, acarretando as seguintes consequências: identificação da ocasião em que nasce a obrigação tributária; determinação do sujeito passivo; determinação do regime jurídico, alíquota, e base de cálculo. É nessa ocasião que surge o poder-dever do Estado de recolher o tributo, e por sua vez, o dever jurídico do contribuinte, ou responsável de adimpli-lo.

Enquanto não se verificar a ocorrência efetiva dos eventos descritos na norma jurídica, não há que se falar em obrigação tributária, já que a simples previsão legal não tem o condão de fazer nascê-la, sendo necessário que o fato concreto coincida em toda sua extensão com a hipótese de incidência.

Geraldo Ataliba descreve este acontecimento:

Assim, a lei descreve hipoteticamente um estado de fato, um fato ou um conjunto de circunstâncias de fato, e dispõe que a realização concreta, no mundo fenomênico, do que foi descrito, determina o nascimento de uma obrigação de pagar um tributo.

Portanto, temos primeiramente (lógico e cronologicamente) uma descrição legislativa (hipotética) de um fato; posteriormente, ocorre, acontece, e realiza-se este fato concretamente.

A obrigação só nasce com a realização (ocorrência) deste fato, isto é: só surge quando este fato concreto, localizado no tempo e no espaço se realiza.^[2]

São dois momentos lógicos na incidência tributária: primeiramente a lei descreve um fato capaz de deflagrar consequências jurídicas, e posteriormente o fato elencado acontece.

No mesmo sentido ensina Paulo de Barros Carvalho:

Diremos que houve subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da (hipótese tributária). Ao ganhar concretude, instala-se automática e infalivelmente, como diz Alfredo

Augusto Becker o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la.

(...)

Seja qual for a natureza do preceito jurídico, sua atuação dinâmica é a mesma: opera-se a concreção do fato previsto na hipótese, propalando-se os efeitos jurídicos prescritos na consequência. Mas esse quadramento do fato à hipótese normativa tem de ser completo, para que se dê, verdadeiramente, a subsunção[3].

Com o nascimento da obrigação tributária sobrevém o fenômeno da sujeição passiva tributária, que se desenvolve em dois seguimentos distintos: de um lado encontra-se o contribuinte, sujeito cuja capacidade contributiva é exposta pela prática direta do evento previsto regra matriz de incidência, de outro lado o responsável, sujeito eleito pelo legislador para cumprir a prestação pecuniária em razão de sua vinculação com o fato tributado.

Sobre identificação e a utilização responsável tributário, ensina Leandro Paulsen:

É de se ver que não é qualquer pessoa que pode ser definida como responsável. Somente se justifica a condição de ‘responsável’, adquirindo uma posição jurídica equivalente à de devedor principal, na hipótese da pessoa ter relação com o próprio devedor ou com o fato gerador da obrigação tributária.[4]

No mesmo sentido ensina Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo:

É responsável a pessoa, natural ou jurídica que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, esta obrigada a fazer o recolhimento respectivo por disposição de lei. Não é devedor do tributo, mas tem responsabilidade por seu pagamento porque a lei assim estabeleceu. O responsável, exatamente porque não é devedor do tributo, tem contra este o direito de exigí-lo. Trata-se, porém, de relações jurídicas distintas, embora interligadas e, de certa forma, dependentes uma das outras. Uma é a relação tributária propriamente dita, na qual existem o sujeito ativo e o sujeito passivo. O fisco e o contribuinte. Este com o dever e também com responsabilidade. Outra é a

relação criada pela lei ao atribuir a condição de responsável a quem não é contribuinte. Nesta segunda relação, que é desdobramento da primeira, o responsável não tem o dever jurídico tributário que reside na relação tributária da qual é desdobramento[5].

Conclui-se, que somente aquele que praticar o fato imponible, ou terceiro vinculado de alguma forma com a sua realização poderão ter o seu patrimônio afetado com a consequência da tributação. É com alicerce nessa idéia que há de ser utilizado o mecanismo da substituição, sendo vedado que tal ônus recaia sobre pessoa aleatória a fato gravado pela incidência fiscal.

3. FINALIDADE E SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO PARA FRENTE

A metodologia da substituição para frente foi adotada em resposta as várias reivindicações dos contribuintes que sofriam diretamente com a concorrência desleal advinda da sonegação fiscal. Sua implantação procurou satisfazer o interesse arrecadatório, facilitando a fiscalização e a aplicação das normas tributárias. A centralização no recolhimento do tributo devido nas operações subsequentes tende a reduzir a possibilidade de sonegação fiscal e, conseqüentemente a pratica da concorrência desleal, vez que ao antecipar a tributação todos são compelidos a recolher aos cofres públicos.

Sobre o emprego da substituição tributária progressiva, Hugo de Brito Machado, juntamente com Hugo Brito Machado Segundo ensinam que:

A Fazenda Pública é insaciável e sempre está procurando formas de antecipar a arrecadação dos tributos. Por isto, os burocratas a serviço da mesma engendraram uma fórmula de antecipação do ICMS, que denominaram de substituição tributária, e que a doutrina tem chamado de substituição para frente, na qual é atribuída ao fabricante, ou ao distribuidor a condição de contribuinte substituto dos adquirentes de seus produtos. Trata-se de uma forma deturpada de substituição tributária na qual se reúnem a substituição propriamente dita, e a antecipação[6].

Na substituição tributária progressiva o legislador por meio de lei atribui ao substituto eleito, dever jurídico de recolher tributo que será devido no futuro, ou seja, antes da materialização do fato gerador. A propósito, ressalta Ives Gandra da Silva Martins que esse artifício obriga o contribuinte “a antecipar o pagamento de um

tributo que incidirá no futuro, em decorrência de fato gerador a ser praticado por outrem, que ele, contribuinte substituto, nem sabe se será efetivamente devido e em que medida[7]. A substituição tributária é verificada em impostos plurifásicos, haja vista a existência de várias operações dentro da cadeia econômica.

Essa sistemática de tributação foi incluída na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993..

Pontua, José Eduardo Soares de Melo:

Na substituição progressiva o legislador indica uma pessoa responsável pelo recolhimento de um determinado valor (referido como tributo), relativamente a fato futuro e incerto, com alocação de valor também incerto.

Há definição, por antecipação, do sujeito passivo de uma obrigação não acontecida, como é o caso de exigir-se recolhimento de ICMS concernente a operação que provavelmente deverá ser realizada, no futuro, por outros contribuintes[8].

Como o fato tributado é presumido, o ente fiscal não possui os elementos necessários para medir a riqueza tributada, inviabilizando a perfeita adequação entre a base de cálculo e a hipótese de incidência. Tendo em vista esta imprecisão na quantificação financeira, o legislador autoriza o Fisco realizar estimativa da importância devida à título de tributação, presumindo, assim, o valor da base de cálculo.

Assim, presume-se a ocorrência do fato gerador futuro, bem como o critério quantitativo da norma. É utilizada uma base de cálculo fictícia, aparente e imaginária, sobre a qual recai a alíquota.

Leciona Dorival Guimarães Pereira Junior e Marcionilia Coelho Guimarães:

Quando da criação da substituição tributária progressiva, uma questão crucial foi a definição de qual seria o fato gerador que forneceria a base de cálculo para a incidência da alíquota de ICMS. Afinal, a obrigação tributária de pagar tributo somente nasce com a ocorrência, no mundo real do fato gerador. Como prever, então o fato imponderável ?

A saída encontrada pelo legislador foi a criação do chamado fato gerador presumido. Trata-se de uma ficção, segundo a qual a lei, de acordo com os critérios previstos na norma jurídica, estabelece uma margem de valor a ser acrescida ao preço da saída da mercadoria do substituto tributário, para a formação da base de cálculo do ICMS substituição tributária[9].

A sistemática de arbitramento do critério quantitativo da regra matriz de incidência sofrido inúmeras críticas da doutrina, haja vista a inexistência de correlação lógica entre a base de cálculo e a hipótese de incidência.

Ensina Sacha Calmon Navarro Coelho:

Entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaeret et ossa*), uma relação de pertinência de harmonia. Do contrário instalada a confusão e o arbítrio com prevalência do *nomen juris*, da simples denominação formal sobre a ontologia jurídica e conceitual dos tributos, base científica do Direito Tributário. Uma taxa de fiscalização do arroz para prover, desde a sua comercialização, sanidade do cereal em prol dos consumidores (serviço do poder de polícia) que tiver por base de cálculo o valor de mercado do arroz fiscalizado e não o trabalho fiscalizatório, ainda que estimado, será um imposto sobre circulação de mercadorias[10].

Aduzem os críticos que coagir o sujeito passivo a recolher imposto com base em presunções, fere o princípio da segurança jurídica em razão da incerteza quanto ao montante a ser tributado, podendo haver ingerências e distorções entre o valor arbitrado e o real, fato inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

José Jayme de Macêdo Oliveira, expõe o seguinte entendimento:

(...) já na constituição, se deduzem critérios idôneos e definidos para eleição das bases de cálculo dos tributos, pela lei ordinária, que, nesse mister não pode escapar da indicação de grandezas ínsitas à natureza essencial do fato tributado.

Nessa ordem de idéias, a desfiguração da base de cálculo do ICMS fazendo com que passe ele a incidir, não sobre o objeto e preciso o valor da operação realizada, mas sobre qualquer cifra, aleatoriamente estabelecida (ainda que pela lei), nega-lhe o caráter de imposto sobre operações

mercantis. Inegável violência à nossa Carta Política, portanto, a adoção de critérios arbitrários e aleatórios, estimativos ou a forfait, na legislação do ICMS, no respeitante à base de cálculo do tributo[11].

Corroborando com esse entendimento, Marçal Justen Filho:

Ao instituir a substituição tributária para frente, o fisco disciplina a base imponible, estimando valores para as futuras operações.

Isso é inconstitucional e inadmissível, encontrando três ordens de impedimento.

2.4 O Primeiro obstáculo reside na desnaturação da hipótese de incidência tributária. Há vedação à antecipação da exigência do tributo, tendo em vista a ausência de concretização do fato imponible. Mas ainda, há impossibilidade de afirmar que ocorrerá, no futuro, a configuração de um “fato gerador”, porque isso dependerá das circunstâncias do caso concreto, em qualquer caso, há absoluta incerteza desse evento;

2.5 O segundo obstáculo está na ausência de valores efetivos a serem considerados como base imponible. Tal como prevê a futura ocorrência de um fato imponible incerto, o fisco também ‘estima’ o preço que pode ou não ser praticado. Inexiste qualquer certeza sobre a efetiva concretização do futuro fato imponible. Mas não há qualquer dado acerca do preço que pode ou não ser praticado ... isso, se algum dia, vier a ocorrer o fato imponible.

(...) Se a garantia da não cumulatividade não pode ser frustrada através das exigências impossíveis de serem praticamente cumpridas, também não poderá sê-lo através de expedientes na fixação da exigibilidade da prestação tributária. Isso se passaria no caso de antecipação da exigência do ICMS devido nas operações subsequentes[12].

Apesar de todas as críticas despendidas, no que tange ao instituto da substituição tributária progressiva prevista no §7º do art. 150 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn nº 1.851-4/AL, declarou a constitucionalidade desse método. Nessa ADIn entendeu-se que o fato gerador previsto na substituição progressiva não advém de uma ficção jurídica idealizada pelo legislador, e sim de uma presunção relativa, que poderá ser afastada na hipótese de o fato gerador não se concretizar, ocasião em que será promovida restituição do tributo pago..

Preconizam, Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi:

O dever de pagar o imposto não decorre da ocorrência de um fato gerador previsto por uma ficção jurídica, porque se assim fosse, não estaríamos sequer diante de uma antecipação de pagamento, mas de cumprimento de uma obrigação por fato gerador já ocorrido, por força de uma ficção. Na verdade, o que se dá é a exigência de um pagamento antecipado em razão de um fato gerador que, presume-se irá ocorrer no futuro. E, como se disse, trata-se de presunção relativa, bastando a prova de que tal fato gerador futuro frustrou-se para o contribuinte ter direito para o contribuinte ter direito a restituição[13].

4.POSSIBILIDADE RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO RECOLHIDO A MAIOR

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de restituição imediata e preferencial dos tributos recolhidos a maior quando da utilização da sistemática da substituição progressiva.

A doutrina majoritária entende que se a base de cálculo sobrevém em montante inferior àquela presumida, o tributo pago de forma antecipada deverá ser contraposto ao montante realmente devido, aperfeiçoando a substituição progressiva. Sendo tal engenho nada mais do que uma antecipação de tributo devido nas operações subseqüentes, ou seja, o fato gerador estimado não é definitivo, vez que não se materializou no mundo fenomênico, conseqüentemente o valor real devido ao fisco será verificado quando da materialização do fato gerador.

Assinala, Hugo de Brito Machado:

Na denominada substituição tributária para frente tem-se a atribuição de responsabilidade ao industrial, ou distribuidor, pelo pagamento do ICMS cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, porque consiste em uma operação subsequente. Induvidoso, pois, que o ICMS que é recolhido pelo denominado contribuinte substituto somente se tornará devido com a ocorrência da operação subsequente, que a lei define como fato gerador.

É evidente que se o fato gerador não acontece antes do momento em que se dá o seu pagamento, pelo substituto, mas em momento posterior, a

quantia que é paga pelo substituto é simples adiantamento. Não é ainda o imposto devido, porque este somente surge com a ocorrência do fato gerador respectivo[14].

No caso do ICMS, por exemplo, a regra matriz de incidência se materializa no momento em que acontece a operação mercantil ou prestação de serviços de transporte e comunicação, momento este, que se deve apurar o tributo efetivamente devido. Nessa diapasão, embora o pagamento seja realizado antecipadamente, ele passa a ser devido somente com a superveniência do fato gerador.

Nas palavras do autor acima mencionado “todo direito, nasce sempre do binômio norma-fato[15]”, logo o tributo alusivo as operações posteriores tornam-se devidos quando da ocorrência e materialização destas, nos exatos limites ditados por elas, ou seja, é imperioso a correspondência da base de cálculo e das alíquotas a elas concernentes.

Portanto, o tributo recolhido previamente só se incorpora legitimamente ao patrimônio do Estado quando efetivamente ocorrer o fato jurídico tributário.

E, neste mesmo sentido, José Eduardo Soares de Mello afirma que:

a descoincidência entre o valor real (efetiva operação realizada entre o substituído e o consumidor), e o valor presumido (anterior situação existente entre substituto e substituído) caracteriza uma base de cálculo fictícia, resultando num ICMS fictício, que não pode prevalecer diante dos princípios da segurança e certeza do crédito tributário, indispensáveis no caso de intromissão patrimonial[16].

Ao cobrar previamente tributos que de outra forma seriam auferidos pelo substituído em regime de tributação normal, o fisco locupleta-se indevidamente de rendimentos financeiros, haja vista a dissonância entre o montante arrecadado e a riqueza demonstrada pelo sujeito passivo.

Desta feita, desarrazoado é a atuação do Estado na atividade arrecadatória quando impossibilita a restituição pelo contribuinte dos valores pagos a maior nas hipóteses em que o fato imponible se concretizar em importância menor que a prevista pelo agente fiscal. É nítido o excesso de cobrança quando tal circunstância ocorrer, desvirtuando o sistema de recolhimento previsto no Código Tributário

Nacional que veda a apropriação pelo Estado de quantia paga de modo indevido pelo contribuinte.

Apesar do art. 150, § 7º restringir as hipóteses de restituição da quantia paga aos casos em que o fato gerador presumido não sobrevenha, infere-se através da realização de uma interpretação pautada na finalidade da lei (teológica), ou catalogada com alicerce na unidade ordenamento jurídico (sistemática), a possibilidade de repetição dos valores recolhidos a maior, mostrando-se insuficiente e precária interpretação gramatical para a determinação da extensão, e compreensão da norma.

Preleciona Melo:

Fato Gerador Presumido – na dicção constitucional (§ 7º, do art. 150), apto a permitir a restituição, não significa somente a inexistência do fato, mas também a configuração “parcial” de seus elementos, especialmente a base de cálculo que compreende parte do fato gerador. Na medida em que se nega a restituição parcial dos valores antecipadamente recolhidos (a maior) estará sendo violado o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a presumida riqueza do contribuinte (substituído) não veio a ocorrer concretamente. Negada a restituição, o contribuinte estará arcando com tributo maior do que o efetivamente devido, porque o referido valor não integrara o patrimônio, acarretando efeito confiscatório^[17].

De imediato tem-se que o legitimado para pleitear a restituição dos valores pagos a maior no caso ICMS é o substituído, uma vez que é ele que suporta o encargo financeiro, apesar de não ser o responsável pelo recolhimento do tributo, conforme preconiza o art. 166 do CTN^[18].

Embora, a doutrina majoritária pleiteasse pela repetição dos valores recolhidos a maior quando da utilização da substituição tributária, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que a base de cálculo estimada na antecipação da arrecadação é definitiva:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. VENDA REALIZADA A PREÇO MENOR DO QUE O UTILIZADO COMO BASE DE CÁLCULO. FATO GERADOR PRESUMIDO. CARÁTER

DEFINITIVO. INEXISTÊNCIA DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO OU CREDITAMENTO. MATÉRIA DECIDIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADI 1.851/AL. REPERCUSSÃO GERAL. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[\[19\]](#)

Importante destacar os argumentos utilizados pelo Ministro Ilmar Galvão no julgamento da ADI 1.851, no que pertine a repetição dos valores recolhidos a maior quando da utilização da substituição tributária, já que a grande maioria das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores utilizavam-se desse julgamento como parâmetro para fundamentar suas decisões. Entendeu o Ministro que a base de cálculo e o fato gerador no citado regime são definitivos não se revestindo de caráter provisório, salvo na hipótese de sua não ocorrência, não havendo, portanto, que se falar em repetição dos valores recolhidos a maior, conjectura restrita a não ocorrência do fato gerador presumido.

Em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal encontrava-se a ADIn nº 2.777/SP, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 66-B da Lei estadual nº 6.374/1989, a qual autoriza a restituição do imposto pago antecipadamente em virtude da substituição tributária. O julgamento da mencionada ação encontrava-se empatado, cinco a cinco, faltando apenas o voto do Min. Carlos Ayres Britto, quando foi adiado, permanecendo paralisado desde 07/02/2007. Esse assunto é também objeto da ADIn nº 2.675/PE, que está sendo analisada em conjunto com a ADIn nº 2.777/SP. Foi reconhecido a repercussão geral da matéria no RE 593.849/MG, sobrestando os julgamentos das ações supracitadas.

Com o julgamento do Re 593.849/MG na data de 19/10/2016, o STF alterou o entendimento sobre o tema, autorizando a restituição da diferença de imposto pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. O Min. Edson Fachin, relatou que a tributação não pode desprezar as variações decorrentes do processo econômico, transformando-se em uma ficção jurídica, sendo vedado presunção absoluta na qual o fato gerador presumido assumo um caráter definitivo.

Não permitir a restituição, nos moldes do art. 165 do CTN, importaria injustiça fiscal inadmissível em um Estado Democrático de Direito, fundado em

princípios e regras que visam conservar as expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e contribuinte.

5. CONCLUSÃO

A administração pública é regida por diversos princípios elencados no art. 37, caput, da Constituição Federal, entre eles destaca-se a eficiência, que preconiza a busca dos melhores resultados, com os menores custos. É com o escopo de se adequar a essa norma jurídica que é erigido o mecanismo da substituição tributária, que visa dificultar manobras de sonegação fiscal.

É sabido que o Sistema Tributário Brasileiro é edificado com embasamento na idéia de subsunção do fato a norma, ou seja, da prática no mundo fenomênico dos eventos previstos pelo legislador. Dessa forma, somente após a ocorrência desse feito é que surgirá a relação jurídica entre o contribuinte e o Fisco, conseqüente o dever de recolher valores aos cofres públicos. A substituição para frente vai de encontro a essa lógica, vez que antecipa o recolhimento do tributo com base em meras presunções, antes mesmo da superveniência do fato gerador. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1851, entendeu pela constitucionalidade dessa sistemática, raciocinando no sentido de que o fato gerador e a base de cálculo estimadas são definitivas, fato que veda a restituição de valores, caso exista dissonância entre importância arbitrada e o valores efetivamente praticados pelo contribuinte. O equívoco é evidente, pois o fato gerador e os elementos quantificadores do critério quantitativo tornam-se definitivos em sua plenitude somente após a superveniência da subsunção do evento a norma.

Ora, a não devolução do valor pago a maior acarreta o locupletamento ilícito do Estado em face ao contribuinte, e conseqüentemente o seu enriquecimento sem causa.

Tendo em vista esse quadro que aflige diversos cidadãos, o STF no julgamento do RE nº 593. 849/MG, cuja repercussão geral foi reconhecida, alterou o posicionamento elucidado na ADI 1851, autorizando a repetição dos valores recolhidos a maior quando da antecipação de tributos.

6. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2008

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ªed. São Paulo. Ed. Forense, 2005

BICHARA. Luiz Gustavo A.S; MARQUES. Thiago de Mattos. **ICMS - Substituição Tributária com Antecipação do Imposto – Limites na Definição na Base de Cálculo**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, nº199, p. 74-82, abr. 2012

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 15. ed. São Paulo: Malheiros

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.,

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. O Direito do sujeito passivo do ICMS de compensar o imposto pago a maior, em razão da técnica da substituição tributária progressiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo n.101

FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1-69, Tomo II

JUNIOR PEREIRA, Dorival Guimarães; GUIMARÃES, Marcionilia Coelho Guimarães. A problemática da restituição do ICMS substituição tributária nos casos em que o fato gerador presumido não se realiza conforme estabelecido. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 19, v. 97.mar-abr.2011

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ICMS. Substituição tributária. Limites da solidariedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.191 , p. 118-125, ago. 2011.

MACHADO, Hugo de Brito de. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999

MACHADO, Hugo de Brito; ICMS. Substituição tributária no ICMS e a Questão do Preço Final. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, nº 67

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Substituição tributária por antecipação e o ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.176

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2004

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo Oliveira. Substituição Tributária no ICMS: Reflexões e Críticas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 20, v. 105.jul-ago.2012

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **A substituição tributária progressiva nos impostos plurifásicos e não-cumulativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NOTAS:

[1] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ªed. São Paulo. Ed. Forense. 2005 P. 703

[2] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 53

[3] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 316

[4] PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.807

[5] MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ICMS. Substituição tributária. Limites da solidariedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.191 , p. 118-125, ago. 2011. p.121

[6] MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ICMS. Substituição tributária. Limites da solidariedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.191 , p. 118-125, ago. 2011. p.123

[7] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Substituição tributária por antecipação e o ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.176 , p. 93-111, maio. 2010 p. 96

[8] MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 156

[9] JUNIOR PEREIRA, Dorival Guimarães; GUIMARÃES, Marcionília Coelho Guimarães. A problemática da restituição do ICMS substituição tributária nos casos em que o fato gerador presumido não se realiza conforme estabelecido. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 19, v. 97.mar-abr.2011 p.164

[10] CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002., p. 801

[11] OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo Oliveira. Substituição Tributária no ICMS: Reflexões e Críticas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 20, v. 105.jul-ago.2012 p.124

[12] JUSTEN FILHO, MARÇAL. “Princípios Constitucionais”, Caderno de Pesquisas Tributárias nº 18, Resenha Tributária, São Paulo, p. 52 apud MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P 163

[13] Coêlho, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. O Direito do sujeito passivo do ICMS de compensar o imposto pago a maior, em razão da técnica da substituição tributária progressiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo n.101, p. 115-135, fev. 2004 p.130

[14] MACHADO, Hugo de Brito de. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. P 126

[15] Id.

[16] MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P 172

[17] MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2004. P 172

[18] JUNIOR PEREIRA, Dorival Guimarães; GUIMARÃES, Marcionília Coelho Guimarães. A problemática da restituição do ICMS substituição

tributária nos casos em que o fato gerador presumido não se realiza conforme estabelecido. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 19, v. 97.mar-abr.2011 p.165

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Substituição Tributária Progressiva, e venda realizada a preço menor do que o utilizado como base de cálculo. Agrg no aresp 16.464/DF, Agravante: Morro Azul Comércio de Petróleo Ltda e outros. Agravado: Distrito Federal. Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, Brasília, 22 de novembro de 2011. acesso 05/03/2012

O DIREITO DE RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE VERBAS COM TEOR INDENIZATÓRIO

FILIFE REIS CALDAS: Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Marista. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco - FACESF.

RESUMO: Analisa-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Administrativos visando formular um plano de ações com segurança para recuperação de créditos incluídos indevidamente na base de cálculo das Contribuições Previdenciárias Patronais.

SUMÁRIO. Introdução. 1. A Posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ. 2. A Posição do Pretório Excelso – STF. 3. Do Posicionamento em Âmbito Administrativo. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Contribuições para Seguridade Social. Não-Incidência. Verbas Indenizatórias. Análise Jurisprudencial.

INTRODUÇÃO

O presente artigo técnico almeja analisar os possíveis caminhos na recuperação dos valores pagos indevidamente a título de Contribuições Sociais à luz da atual Jurisprudência dos Tribunais Superiores, tanto em âmbito judicial como administrativo.

O objeto do presente estudo se baseia na inconstitucionalidade da incidência da Contribuição para Seguridade Social sobre o total das verbas pagas na folha de salário dos empregados reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e pelo Pretório Excelso.

A ilegalidade encontra-se manifesta justamente porque na Lei 8.212/91 que dispõe sobre a organização Seguridade Social e institui suas formas de custeio afirma expressamente no seu art. 22:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

*I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer **pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços**, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.*

Pode-se inferir do texto legal que as Contribuições para Seguridade Social só incidirão sobre as remunerações que houver a contraprestação pelo serviço efetivamente prestado ou pelo tempo que o empregado passa à disposição do empregador.

O artigo 28, §9º da respectiva Lei traz uma lista das verbas que devem ser excluídas da folha de salário por expressa previsão legal, não servindo de base de cálculo para as Contribuições da Seguridade Social.

Dessa forma, a respectiva Contribuição só deve incidir sobre as verbas de natureza salarial, que visam remunerar pelo efetivo serviço prestado ou pelo tempo do empregado à disposição do empregador, devendo se excluir da base de cálculo as verbas com teor indenizatório, que visam compensar o empregado por algum prejuízo.

Acontece que, no entender da Receita Federal do Brasil interpretando literalmente o artigo 28, §9º, as verbas que não estejam expressamente previstas no rol de exclusão, são passíveis de incidência, não importando o teor indenizatório ou remuneratório, ou seja, incidiriam sobre a folha de salário como um todo.

Assim, no entender da Receita Federal do Brasil através de uma interpretação meramente literal do artigo, as verbas não englobadas no art. 28, §9º

da Lei 8.212/91 seriam perfeitamente lícitas para inclusão na base de cálculo das Contribuições.

Tendo por base essa tese, várias empresas contestaram judicialmente ou impugnaram via administrativa visando não mais a incidência da Contribuição sobre tais verbas e almejando a recuperação dos valores pagos de forma indevida dos últimos 5 (cinco) anos.

Nesse interim, com a chegada das demandas judiciais nos Tribunais Superiores (STF e STJ), os Ministros tiveram tempo de analisar o tema com profundidade e já publicaram julgados favoráveis para os contribuintes, no sentido de excluir algumas verbas da base de cálculo das Contribuições para Seguridade Social.

Enquanto o resto das verbas aguarda a conclusão final dos julgamentos, já é possível se presumir os novos posicionamentos pela conjectura dos votos e histórico das posições dos Ministros.

Através dessa análise de risco é que se é possível adquirir certa margem de segurança objetivando a futura recuperação de créditos pagos indevidamente, seja pela restituição dos valores em precatórios/Requisições de Pequeno Valor – RPV's ou via compensação.

I - A POSIÇÃO DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

O Superior Tribunal de Justiça após proferir vários julgamentos no mesmo sentido fixou em sede de recursos repetitivos que não se incluem na base de cálculo das Contribuições Previdenciárias as seguintes verbas: i) aviso prévio-indenizado; ii) terço constitucional de férias gozadas; e iii) 15 primeiros dias de afastamento pelo auxílio-doença.

Tendo em vista que o tema afetava uma coletividade inominada de pessoas, acarretando várias impugnações objetivando a contestação dos valores, o STJ fixou seu entendimento em grau de Recurso Repetitivo, significando que toda demanda que chegue para apreciação do Tribunal tenha o mesmo destino.

O julgamento em grau de Recursos Repetitivos traz celeridade para os processos em trâmite e segurança para os contribuintes que almejam a

recuperação de tais valores, uma vez que torna obrigatório para os Tribunais inferiores seguirem o posicionamento do STJ, inclusive, vinculando à Administração Pública como um todo, devendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (última instância administrativa de competência dos tributos federais) seguir tal posicionamento quando não mais puder ser discutido no STF.

Nesse sentido transcreve-se o entendimento do STJ:

Tema 478

Questão submetida a julgamento – *Discute-se a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de **aviso prévio indenizado**.*

Tese firmada – *Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.*

(REsp 1230957/RS, STJ, 1ª Seção, Ministro Mauro Campbell, Dj. 26/02/2014, Dje 18/03/2014)

Tema 479

Questão submetida a julgamento – *Discute-se a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título **de terço constitucional de férias**.*

Tese firmada – *A importância paga a título de terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa).*

(REsp 1230957/RS, STJ, 1ª Seção, Ministro Mauro Campbell, Dj. 26/02/2014, Dje 18/03/2014)

Tema 737

Questão submetida a julgamento – *Discute-se a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores*

pagos a título de adicional de férias relativo às férias indenizadas.

Tese firmada – *No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal.*

(REsp 1230957/RS, STJ, 1ª Seção, Ministro Mauro Campbell, Dj. 26/02/2014, Dje 18/03/2014)

Tema 738

Questão submetida a julgamento – *Discute-se a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença.*

Tese firmada – *Sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.*

(REsp 1230957/RS, STJ, 1ª Seção, Ministro Mauro Campbell, Dj. 26/02/2014, Dje 18/03/2014)

Dentre as verbas discutidas, o STJ já se posicionou quanto a legalidade da inclusão na base de cálculo das Contribuições Previdenciárias das seguintes verbas: i) salário-maternidade; ii) salário-paternidade; iii) adicional de horas extras; iv) adicional de transferência; v) adicional de periculosidade; vi) férias gozadas.

Apenas com base na decisão do STJ seria prematuro tomar alguma posição, sendo necessário conhecer o entendimento do STF e do CARF para se ter uma maior visibilidade do panorama.

II - A POSIÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO - STF

No tópico anterior foi visto que o Colendo STJ fixou seu entendimento por meio dos Recursos Repetitivos no sentido de que não incide a Contribuição para Seguridade Social sobre as seguintes verbas: i) aviso prévio-indenizado; ii) terço constitucional de férias gozadas; e iii) 15 primeiros dias de afastamento pelo auxílio-doença; e iv) férias indenizadas devido a sua natureza indenizatória, não podendo servir de base de cálculo da referida Contribuição conforme preceitua o art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91.

O Supremo Tribunal Federal por meio de provocação (RE 593.068) reconheceu a Repercussão Geral do tema, ou seja, a discussão ultrapassa do mero interesse das partes litigantes, abarcando interesses de toda uma coletividade.

Compete ao Pretório Excelso, Guardião da Constituição, o dever de zelá-la e lhe incumbe a tarefa de interpretar as normas constitucionais de forma a trazer adequação e compatibilização para os preceitos normativos.

No Recurso Extraordinário nº 593.068 se discute a incidência da Contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, a gratificação natalina (13º salário), os serviços extraordinários (adicional de hora extra), o adicional noturno e o adicional de insalubridade não tendo até o momento sido concluído o julgamento, ficando assim suspenso o efeito do Recurso Repetitivo no STJ que entendeu pela não incidência da contribuição Previdenciária sobre terço constitucional, tendo de aguardar a decisão final no STF. Nesse sentido:

Tema 163/STF

Questão submetida a julgamento - Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 40, §§ 2º e 12; 150, IV; 195, § 5º; e 201, § 11, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da exigibilidade de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, a gratificação natalina, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade, tendo em vista a natureza jurídica de tais verbas.

(REsp 1.230.957/RS sobrestado pelo Tema 163/STF (decisão da Vice-Presidência do STJ de 25/07/2014).

(RE 593.068, STF, Rel. Min. Roberto Barroso)

Para uma análise mais profunda sobre os possíveis resultados do julgado é indispensável conhecer como anda o posicionamento de cada julgador até o momento:

Votos pela Não-Incidência:

Luís Roberto Barroso (relator)

Rosa Weber

Cármem Lúcia

Luiz Fux

Edson Fachin

Ricardo Lewadonski

Votos pela Incidência:

Teori Zavascki

Dias Toffoli

Gilmar Mendes

Marco Aurélio

A Suprema Corte é composta de 11 membros, bastando que a maioria, ou seja, no mínimo 6 Ministros profiram votos para que seja julgado o provimento ou desprovimento do recurso.

Tendo em vista que a maioria havia se formado no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Extraordinário para afastar a incidência da Contribuição Previdenciária Patronal incidente sobre as respectivas verbas, o resultado iria ser proclamado, porém, o Ministro Gilmar Mendes (vencido), pediu vista dos autos, fazendo com que a Presidente da sessão Ministra Cármem Lúcia tivesse de adiar o julgamento.

Tal pedido do Ministro Gilmar Mendes que não possui previsão nem estipulação de prazo para retomada do julgamento para proclamação do resultado interfere no trâmite de milhares de processos em cursos.

Porém, tendo por base tal posicionamento dos Ministros, já se percebe uma boa margem de segurança para ajuizar ações pleiteando a exclusão da base de cálculo das verbas com teor indenizatório já fixadas pelo STJ e as verbas não integrantes dos proventos de aposentadoria fixada pela maioria do STF, dando direito, inclusive, de recuperar os valores pagos nos últimos 5 (cinco) anos, podendo o contribuinte escolher ao final da demanda se prefere a restituição ou a realização de compensação do montante creditício recuperado.

Pode-se afirmar com total segurança que as outras verbas já sedimentadas no entendimento do STJ no sentido de não englobarem a base de cálculo das Contribuições Previdenciárias, não serão mais objeto de apreciação ou rediscussão pelo STF, uma vez que o mesmo só pode apreciar questões constitucionais e o posicionamento dos Ministros foi no sentido de que a questão é de índole infraconstitucional, sendo assim de competência do STJ a interpretação e definição das mesmas. Nesse sentido:

Tema 908/STF

Questão submetida a julgamento - *Recursos extraordinários em que se discute, à luz dos arts. 7º, XIII e XVI; 97; 103-A; 150, § 6º; 195, I, a, e II; e 201, § 11, da Constituição Federal, acerca da natureza jurídica das verbas pagas ao empregado a título de adicional de férias, aviso prévio indenizado, décimo terceiro proporcional, auxílio-doença e horas extras, para fins de incidência da contribuição previdenciária, nos termos do art. 28 da Lei 8.212/1991.*

Tese Firmada – Não há Repercussão Geral.

(RE 892.238, STF, Rel. Min. Luiz Fux)

Apesar de não englobada no julgado do STF, o adicional de periculosidade, pela lógica empregada no caso para elucidação e formação do posicionamento, tende a seguir a mesma argumentação do adicional de insalubridade pela não incidência das Contribuições Previdenciárias.

Quanto ao posicionamento do Pretório Excelso sobre o salário-maternidade (tese que pode ser utilizada no salário-paternidade), tal julgamento

encontra-se parado sem nenhuma perspectiva de julgamento, não tendo o Ministro Relator do caso ainda se pronunciado, não podendo até o momento emitir nenhum juízo de valor sobre o caso:

***Tema 72/STF** – Inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração.*

Rel. Min. Roberto Barroso

Leading Case: RE 576.967

Há Repercussão Geral? Sim

***Questão submetida a julgamento** – Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do art. 195, caput e §4º; e 154, I, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição/Previdenciária incidente sobre a remuneração (art. 28, §2º, I, da Lei 8.212/91 e art. 214, §§2 e 9º, I do Decreto nº 3.048/99).*

Ainda sobre o caso, há a existência de uma ADIn nº 5626 questionando a incidência da Contribuição Previdenciária sobre a salário-maternidade, nesse sentido são as palavras do Procurador Geral da República:

Segundo Janot, os parágrafos 2º e 9º (alínea “a”, parte final) do artigo 28 da lei são incompatíveis com as garantias constitucionais de proteção à maternidade e ao direito das mulheres de acesso ao mercado de trabalho.

O procurador argumenta que as normas imputam ao empregador parte do ônus do afastamento da gestante devido à maternidade e contribuem para o aumento do custo de sua mão de obra, em comparação à masculina. “Essa condição constitui significativo fator de discriminação da mulher no mercado de trabalho”, afirma.

De acordo com a linha de argumentação adotada na ADI, medidas estatais que imponham de forma

desproporcional maior custo à mão de obra feminina são incompatíveis com a premissa de equilíbrio entre a proteção da maternidade e do emprego da mulher. Janot lembra que a Lei 6.136/1974 transferiu à Previdência Social o encargo exclusivo pelo pagamento integral da remuneração da trabalhadora no período de licença, mas o empregador continuou obrigado a recolher a contribuição sobre o salário-maternidade e, ainda, arcar com o encargo incidente sobre a remuneração de eventual trabalhador temporário, substituto da licenciada. “Essa dupla contribuição pelo mesmo posto de trabalho encarece a mão de obra feminina e contraria a norma constitucional e a internacional”, sustenta, referindo-se à Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho.

O procurador-geral pede, cautelarmente, a suspensão da eficácia das normas apontadas e, no mérito, que o STF aplique a elas a técnica da interpretação conforme a Constituição para reconhecer ao salário-maternidade a qualidade de salário de contribuição apenas para fim de cálculo de outros benefícios, afastando a incidência direta da contribuição previdenciária linear a cargo do empregador.

As demandas judiciais contestando o salário-maternidade tendem a permanecer sobrestadas enquanto a questão está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

III - DO POSICIONAMENTO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Apesar do entendimento sedimentado do STJ que não incide a contribuição previdenciária sobre: i) aviso prévio-indenizado; ii) terço constitucional de férias gozadas; e iii) 15 primeiros dias de afastamento pelo auxílio-doença, o Fisco entende por meio de parecer PGFN/CRJ nº 485/2016 que somente o aviso prévio indenizado não faz parte da base de cálculo das referidas contribuições,

Quanto as demais verbas, por estarem ainda sem proclamação do resultado no STF, não vinculam a Receita Federal do Brasil tendo a mesma ampla liberdade para fazer incidir e realizar a cobrança manifestamente indevida.

Para os contribuintes que se aventuram em âmbito administrativo impugnando o débito fiscal, após recurso contra primeira instância proferida pelo Delegacia da Receita de Julgamento – DRJ, o processo chega ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão de cúpula Ihe incumbido a decisão final em sede administrativa, tendo o mesmo dado ganho de causa aos contribuintes no tocante a verba de 15 primeiros dias de afastamento do empregado por auxílio doença e ao aviso prévio indenizado, justamente porque o STF já afirmou que tal discussão não teria natureza constitucional, seria no âmbito infralegal, tendo a última palavra o STJ.

O julgamento com base em recursos repetitivos do STJ e STF vinculam o CARF, devendo assim obediência aos julgados com entendimentos sedimentados, como no presente caso.

Já no tocante as demais verbas, similar a Receita Federal do Brasil, por ausência de resultado final no julgado que decide tal impugnação no STF, o CARF tem se posicionando favorável pra Fazenda.

Assim, em âmbito administrativo, as únicas verbas que os contribuintes poderiam impugnar e requerer a restituição ou compensação dos últimos 5 (cinco) anos seria no tocante ao aviso prévio indenizado e quinze primeiros dias de afastamento do empregado por auxílio-doença.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo teve o intuito de elucidar a discussão da não incidência da Contribuição para Seguridade Social sobre as verbas com teor indenizatório, não incluídas na base de cálculo da folha de salário dos empregados.

Analisou-se não só o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores quanto os Administrativos das DRJs e do CARF, como também o entendimento de cada Ministro nos julgamentos pendentes de conclusão.

Almejou-se estipular um Plano de Ações ou *Stock Options* (sentido amplo) com certa margem de segurança para os contribuintes que desejarem contestar o crédito tributário com total transparência e forte embasamento na posição jurisprudencial e administrativa mais atualizada acerca do objeto da presente discussão.

Pôde-se concluir que as seguintes verbas: i) aviso prévio-indenizado; ii) terço constitucional de férias gozadas; iii) 15 primeiros dias de afastamento pelo auxílio-doença; iv) férias indenizadas devido a sua natureza indenizatória; v) gratificação natalina (13º salário); vi) serviços extraordinários (adicional de hora extra); vii) adicional noturno; e o viii) adicional de insalubridade (adicional de periculosidade^[1]) já possuem posição jurisprudencial favorável para ajuizamento de ações judiciais contestando o débito e com o intuito de recuperação desses valores pagos de forma indevida nos últimos 5 (cinco) anos.

Em âmbito administrativo, entendeu-se que somente seria aconselhável impugnar o crédito relativo ao i) aviso prévio indenizado e os i) quinze primeiros dias de afastamento por auxílio doença, justamente pela existência do Parecer da PGFN/CRJ nº 485/2016 e a atual jurisprudência do CARF.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Temas atuais de tributação previdenciária/ coordenação Alex Matos de Souza, Halley Henares Neto, Mariana Coutinho Vilela. – São Paulo: confisco, 2017.

2. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330529>

3. <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5626> &processo=5626

4. https://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/arquivos-e-imagens/nota-pgfn-crj-no-485_2016-resp-no-1-230-957-rs.pdf

[1] Presunção Relativa – Juris Tantum – no sentido de que tende a seguir a mesma lógica argumentativa adotada no adicional de insalubridade.

VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR: IDOSOS

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:
Bacharelanda do curso de Direito no Centro
Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: Este artigo tem como intuito demonstrar a relação entre a violação dos Direitos e Garantias Fundamentais e a violência intrafamiliar com idosos, tendo como parâmetro as normas previstas no Estatuto do Idoso. Serão abordados os tipos de agressões mais frequentes, de onde as mesmas surgem e qual o motivo que levam a este fato. Na maioria das vezes a agressividade surge de pessoas da própria família, que possuem a responsabilidade cuidar e zelar pela saúde e bem estar da pessoa da melhor idade, contudo, isso muitas vezes não ocorre, acarretando uma série de traumas psicológicos e sinais físicos de brutalidade e covardia.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Intrafamiliar; Idosos; Direitos e Garantias Fundamentais.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A violência contra idosos é um dos grandes problemas na atualidade, todavia passa despercebido pela sociedade. Muitas vezes as pessoas com mais idade são consideradas como seres descartáveis, que dão trabalho, que não servem para nada. Essa visão ignorante é uma das causas para agressões tanto físicas, como emocionais e podem levar até à negligência por parte de familiares. Por isso, o presente artigo irá tratar

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ORIGEM HISTÓRICA .

Os Direitos e Garantias Fundamentais se referem aos direitos, deveres e garantias humanas positivados na Constituição brasileira de 1988. Alguns são inerentes à sociedade desde os primórdios da sua formação através do pacto social, descrito por Jean Jacques Rousseau em seu livro O Contrato Social (1762), que se dá quando os indivíduos abrem mão da liberdade individual em prol do bem coletivo. A partir desse contexto é nomeado um soberano que tem como dever de exercer um poder absoluto sem estar subordinado a ninguém. De acordo com Rousseau (2006, p 23):

[...] o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os particulares, que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano. (ROUSSEAU, 2006, p.23)

A primeira geração dos Direitos Fundamentais foi fruto da Revolução Francesa, onde foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Foram declarados direitos como a liberdade, esta faz parte da primeira dimensão dos direitos individuais. Ommati (2013, p. 26), afirma:

[...] as ideias que o poder do soberano deve estar limitado por um pacto realizado entre o povo e este soberano em nome da proteção de direitos inalienáveis desse povo, como vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança, e de que quando isso não ocorre o povo tem direito legítimo a retirar o soberano do poder, eram bastante difundidas tanto na França quanto em outros locais da Europa. (OMMATI, 2013, p.26)

Além da Revolução Francesa, a inglesa e a americana também se destacam no que diz respeito à positivação dos direitos inerentes ao homem. Os direitos humanos são divididos em quatro dimensões, segundo alguns autores, porém essa divisão não significa que tal direito deixa de existir, mas que em decorrência da história e das mudanças sociais vão surgindo novos, com o intuito de suprir as necessidades da população. Segundo Canotilho (2004, p.9):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (CANOTILHO, 2004, p. 9)

A importância dos direitos fundamentais é incontestável no Estado Civil, tendo em vista que são frutos de uma evolução histórica. Essa evolução foi dividida

em dimensões e são imprescindíveis para a construção da dignidade humana. Portanto, esses direitos estão em mudança a todo o tempo, adaptando-se as alterações na sociedade, porém muitas vezes eles apenas satisfazem uma minoria da população, acarretando uma série de problemas, relacionados com sua ausência, que gera transtornos, muitas vezes irreversíveis.

VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA IDOSOS

A Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto do Idoso de 2003 apontam como crime esse tipo de violência. Partindo deste pressuposto, torna-se perceptível a ausência dos direitos fundamentais quanto a essas pessoas. A dignidade e a liberdade, direitos inerentes ao homem, previstas também na Constituição são violadas. Pessoas que deveriam os proteger de situações de risco e abandono são as mesmas que praticam esses desprezíveis. Essa impetuosidade é um fator que ameaça a integridade física e psicológica do indivíduo, tornando-o mais frágil e vulnerável do que já é.

O idoso é extremamente dependente de cuidados básicos como alimentação, higiene, saúde, esporte e lazer. Os cuidadores ou familiares (quando existente) são as pessoas responsáveis por fazer o acompanhamento dos indivíduos com mais de 60 anos de idade. Porém, na maioria das vezes, os mesmos são vistos como peso social e dentro desse contexto sofrem com a negligência por parte da família. De acordo com o Estatuto do Idoso (2003, Art. 3^a, Parágrafo único):

Art. 3^o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A terceira idade é uma das maiores vítimas de violência intrafamiliar. Ela é praticada com agressões tanto psicológicas, que abrangem xingamentos e gritos, quando físicas, que engloba espancamentos, este último em seu auge pode chegar a tirar a vida do idoso. Há também a negligência, que acontece quando familiares ou responsáveis deixam o mesmo sem cuidados básicos de assistência. Além desses

dois casos, existem também os de abuso econômico que consiste na exploração dos recursos financeiros sem a autorização da pessoa idosa.

Em relação à família, a violência ocorre na maioria das vezes por falta de paciência ou informação de como lidar com as pessoas da melhor idade. Muitas vezes os familiares não sabem ou não querem lidar com as mudanças ocorridas nesta fase e acabam praticando atos de covardia e ignorância. De acordo com o Estatuto do Idoso (2003, Art. 43, Parágrafos I e II):

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

Além da dignidade, liberdade, saúde, alimentação ainda existe, segundo a Constituição brasileira de 1988, o direito à felicidade que é imprescindível tanto para a pessoa idosa, quanto aos demais cidadãos. De acordo com a emenda constitucional Nº 19 de 2010, que altera o artigo 6ª da mesma, a busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade mediante ao Estado é um direito humano positivado. Tendo em vista que, segundo o Senado Federal, uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais desenvolvida em que todos tenham acesso básico a serviços públicos.

Existem várias formas de agressão ao idoso, como já foram mencionados, porém é essencial saber os tipos e suas consequências. De acordo com o artigo *Violência Contra Idosos: uma questão nova?*(2008, p.93)os principais abusos contra a melhor idade são:

? Abuso Físico: uso de força física que pode resultar completamente em dano, dor ou prejuízo físico;

? Abuso Emocional ou Psicológico: definido como inflição de angústia ou dor emocional (que pode resultar em traumas psicológicos);

? Exploração Financeira ou Material: uso ilegal ou impróprio dos bens/ativos de idosos;

? Abandono: deserção do idoso por um indivíduo que teve custódia física ou tinha assumido responsabilidade por prover cuidado com o mesmo;

? Negligência: recusa ou fracasso em cumprir obrigações ou deveres para com um idoso;

De acordo com a EBC (Empresa Brasil de Comunicação) a cada hora, são registradas no país cinco denúncias que de violência contra pessoas da terceira idade, incluindo maus tratos, violência psicológica e financeira. Esse fato verifica o quanto esse tipo de agressão é frequente no Brasil. Vale ressaltar que os casos registrados são apenas os que são denunciados, ainda existem uma série de outros que não sofrem acusação e que continuam a acontecer a todo instante.

Tanto o Estado como a família, segundo com o Art. 3^a do Estatuto do Idoso de 2003, possuem o dever de assegurar ao idoso, com prioridade, a efetivação dos direitos humanos. Essa efetividade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda. [\(Incluído pela Lei nº 11.765, de 2008\).](#)

Portanto é dever do Estado, da sociedade e dos familiares garantir a boa qualidade de vida à pessoa com idade acima de 60 anos, tendo em vista que a mesma necessita de cuidados especiais. Porém, na prática isso muitas vezes não acontece e acarreta uma série de transtornos que hoje são considerados como problemas de saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, pode-se estabelecer uma relação direta entre a não aplicabilidade de forma correta dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988 e a violência contra idosos. Este último não se restringe apenas a agressões e sim a um conjunto de fatores que os levam a grandes transtornos, tanto psicológicos como físicos. Além disso, os priva de direitos individuais como a dignidade, felicidade, saúde, alimentação, esporte, lazer, dentre outros.

Para mudar essa realidade é necessária a conscientização da população, começando pelos jovens entre a relação, importância e contribuição dos idosos para a comunidade. Isso é necessário para que os mesmos parem de ser vistos como uma parte desprezível da sociedade. Vale ressaltar, que para isso seriam imprescindíveis programas do governo para alertar crianças, adolescentes e adultos sobre a prevenção contra os maus tratos dessa faixa etária.

Ainda, a capacitação de agentes da saúde para a identificação de sinais de maus tratos e para cuidados com os idosos é de suma importância. Uma legislação mais rígida no que diz respeito à punição de agressores também seria uma forma de combater esse problema. Além de uma campanha nacional para o combate a

esse abusos, trazendo informações das causas e consequências destes atos de crueldade.

REFERÊNCIAS

OMATTI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: MARTINS FONTES, 2006.

CUTLER, Howard C; Dalai Lama. *A Arte da Felicidade*. 1ª Ed. RIVERHEAD BOOKS, [2000](#).

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 19, de 9 de julho de 2010*. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. In: CONSTITUIÇÃO D

A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Centro Gráfico, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10741/2003. *Estatuto do Idoso*. Brasília: DF, outubro de 2003.

GODIM, Lilian Virgínia Carneiro. *Violência Intrafamiliar Contra o Idoso: Uma Preocupação Social e Jurídica*.

Ana Paula R. Sanches, Maria Lúcia Lebrão, Yeda Aparecida de oliveira Duarte. *Violência Contra Idosos: uma questão nova?* **Saúde Social**, São Paulo, v. 17, p. 90-100, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO E SUAS ESPECIFICIDADES

GEORGE ALMEIDA MARGALHO:
Graduando do curso de Direito da
Universidade de Brasília.

RESUMO: Há vários fatores que podem acarretar a extinção do contrato civil, sendo que cada um deles possui uma série de especificidades, de tal forma que se torna imprescindível a análise cuidadosa desses fatores visando o correto entendimento desses conceitos de extinção contratual.

Palavras-chaves: Direito Contratual. Rescisão. Resolução. Resilição.

SUMÁRIO: 1.Introdução 2.Resolução contratual 3.Exceção do contrato não cumprido 4.Resilição contratual 5.Conclusão 6.Referências

1. INTRODUÇÃO

A extinção do contrato consiste no momento que o contrato chega ao fim, ou seja, quando incide algum fator que acarreta o término do contrato. Há diversas formas de extinção de um contrato, tratando-se aqui apenas daquelas mais relevantes.

A extinção contratual pode ocorrer por fatos posteriores à celebração deste, usualmente chamada de rescisão contratual. O termo "rescisão" é muito utilizado genericamente, contudo, não é a forma técnica de se falar na possibilidade de extinção contratual por descumprimento de obrigações.

O que é chamado de rescisão contratual, no cotidiano, em geral, engloba as três formas de extinção contratual, ou seja, quando se fala em rescisão, tecnicamente, fala-se da resolução contratual (o contrato chega ao fim, por descumprimento das obrigações por uma das partes); resilição contratual (quando uma ou as duas partes decidem terminar o contrato, também chamado distrato); ou rescisão contratual (que é a hipótese menos comum, é possível quando a pessoa, normalmente por inexperiência, obriga-se a uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação assumida pelo outro contratante - seria como alguém que vende algo evidentemente sem valor por um preço absurdo - ou quando uma parte celebra um contrato em estado de perigo - compra remédio demasiadamente caro pois sabe que sem ele morrerá).

2. RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A resolução é a extinção do contrato provocada pelo descumprimento (ou inadimplemento) das obrigações estipuladas no contrato. Ela pode ocorrer de quatro maneiras diferentes, são elas: (I) inexecução voluntária; (II) inexecução involuntária; (III) onerosidade excessiva.

(I) Inexecução voluntária

A possibilidade da resolução contratual surge quando há a inexecução voluntária. Assim, surge o direito à resolução pelo fato de uma das partes não cumprir sua obrigação contratual exclusivamente por sua culpa.

Quando isso acontece, a parte prejudicada pelo descumprimento da obrigação pode pedir a resolução do contrato (sem ter de pagar multas/ outras indenizações), ou optar pela sua continuação.

Vale ressaltar que o descumprimento contratual, para ser suficiente para gerar o direito à resolução, não pode ser um descumprimento leve. O descumprimento deve ser sério e grave, deve prejudicar, de fato, a outra parte.

Há também a possibilidade de a parte optar pela não-extinção do contrato. Neste caso, contrato continuará, e o devedor deverá cumprir as obrigações estipuladas no contrato. Todavia, a parte prejudicada terá o direito de receber indenização daquele que agiu inadequadamente (a indenização deverá ser pleiteada em juízo).

Entretanto, para que a parte tenha o direito de resolver o contrato sem interpelação judicial é necessário que exista cláusula resolutiva expressa.

Logo, para resolver o contrato independe do acesso ao judiciário, é necessário que exista cláusula no contrato que permita expressamente que a parte eventualmente prejudicada resolva-o. Em geral, junto com essa previsão, há a estipulação de um valor referente à multa do descumprimento, que também pode ser exigido, sem que a parte pleiteie em juízo.

Todavia, apesar de não haver essa cláusula de resolução em alguns contratos, o direito à resolução permanece, por estar expressamente previsto no artigo 475 do Código Civil, ou seja, a parte tem o direito, por previsão legal, de resolver o contrato (também tem o direito de ser indenizada), mas a resolução necessariamente deverá ser feita em juízo. Assim, a cláusula resolutiva sempre existe, e quando não for expressa, dependerá do pronunciamento do juiz para pôr fim ao instrumento contratual.

(II) Inexecução involuntária

Ocorre por meio da impossibilidade das obrigações contratuais serem cumpridas, porque surgiu um acontecimento imprevisível e inevitável, tecnicamente chamado de caso fortuito, como uma guerra. Ou um fato previsível ou imprevisível e inevitável, também chamado de força maior, como um terremoto, tempestade, etc.

Ao surgirem estes acontecimentos, o contrato fica em situação de resolução por inexecução involuntária. Não é possível que a parte cumpra sua obrigação depois de ocorrido algum evento sobre o qual não possuía qualquer ingerência.

Neste caso de resolução contratual, não é possível à parte prejudicada exigir da outra indenização por perdas e danos. O que deve acontecer é a devolução dos valores já pagos pela parte inadimplente à parte prejudicada.

(III) Onerosidade excessiva

Nos contratos cuja execução é prolongada, é possível a ocorrência de eventos que afetem direta ou indiretamente a execução das obrigações estipuladas no contrato, tornando-as demasiadamente onerosas.

Se há um problema portuário no Brasil, não é possível que o credor exija que a entrega de seu produto seja feita por avião, quando não houver previsão contratual para esta hipótese, gerando custos elevadíssimos ao devedor, por exemplo.

A resolução por onerosidade excessiva, então, ocorre quando a prestação da obrigação não é impossível, mas é muito mais custosa do que quando o contrato foi firmado. Surge um desequilíbrio no contrato, por causa de um imprevisto. Nestes casos a lei também permite a resolução contratual.

3. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção do contrato não cumprido é uma defesa que a parte inadimplente, muitas vezes, opõe contra a parte que pleiteia a resolução (ou que pleiteia o adimplemento).

Está regulamentado pelo artigo 476 do Código Civil e determina que uma parte não pode exigir o cumprimento das obrigações do outro, antes de cumprida a sua própria obrigação, isto é, se uma parte ainda não cumpriu a parte dela e já deveria tê-lo feito, ela não pode exigir o adimplemento da outra parte. Assim, se fica combinado que a empresa prestará o serviço após o pagamento de determinado preço, o cliente não pode exigir a prestação do serviço antes do pagamento, mesmo que a data combinada para a prestação do serviço tenha chegado. Nesse caso, se o cliente resolvesse

exigir judicialmente a prestação do serviço a empresa se defenderia alegando a exceção do contrato não cumprido.

4. RESILIÇÃO CONTRATUAL

A resilição contratual é a extinção do contrato fundada na (i) vontade de ambas as partes - resilição bilateral - ou (ii) de uma única parte - resilição unilateral.

(i) Resilição bilateral

A resilição bilateral, distrato, é a manifestação de ambas as partes envolvidas no contrato, para que este seja extinto, antes do adimplemento das obrigações contratuais.

Assim, as partes podem voluntariamente terminar o contrato desde que o distrato seja feito na mesma forma como o contrato foi feito (ou seja, se o contrato foi escrito, mas sempre é possível por instrumento particular, ou seja, sem registro em cartório). Nunca haverá, neste caso, a necessidade de pronunciamento judicial, pois há comum acordo.

(ii) Resilição unilateral

A resilição unilateral deriva da vontade de uma única parte de extinguir o contrato. A resilição não precisa ser justificada e ocorre a partir do momento em que uma parte comunica à outra o fim do contrato.

Não é necessário pleitear na justiça a resilição unilateral, mesmo quando não há cláusula expressa. Contudo a parte que decidir resilir unilateralmente está sujeita ao pagamento de multa e perdas e danos.

5. CONCLUSÃO

Portanto, a resolução é diferente da resilição pois a resolução costuma ser fundada no descumprimento contratual (ou na onerosidade excessiva), enquanto a resilição é sempre fundada na vontade das partes. A resolução só pode ser feita sem ingressar em juízo quando houver previsão contratual expressa para tanto. A resilição sempre pode ser feita sem o ingresso em juízo. Na resolução é a parte prejudicada quer o fim ao contrato, por isso, ela tem o direito à indenização. Na resilição a parte que decide colocar fim ao contrato é que prejudica a outra, assim, ela é quem deverá pagar indenização à outra parte.

6. REFERÊNCIAS

Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13/01/2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. Ed. V. 3. São Paulo: Saraiva. 2016.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. 6. Ed. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

Anotações ao Recurso Especial nº 1.515.895-MS: O Direito à Informação para os Hipervulneráveis

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: É certo que o Código de Defesa do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. O nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas normas relacionadas à função social e à boa-fé, por intermédio das quais a liberdade de contratar assume novel feição, uma vez que a lei, detentora de preponderante papel nessa nova realidade, impõe a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. Insta pontuar que o dogma da identificação obrigatória da mensagem como publicitária é corriqueira no direito comparado, eis que busca promover a cultura de conscientização do consumidor, na condição de comprador potencial, que ele é o destinatário de uma mensagem publicitária, patrocinada por um fornecedor com o fito de promover a compra de seu produto. Nesta linha, de maneira paradigmática, em recente julgamento do Recurso Especial nº 1.515.895-MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a disposição da informação, em sede de embalagens, para alimentos com a presença de glúten, visando atender a hipervulnerabilidade apresentada pelos celíacos, sobre o qual o presente se debruça.

Palavras-chaves: Defesa e Proteção do Consumidor. Princípio da Informação. Hipervulneráveis. Entendimento Jurisprudencial.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios; 2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro; 3 A Proeminência dos Corolários da Informação e da Transparência na Proteção e Defesa do Consumidor; 4 Anotações ao Recurso Especial nº 1.515.895-MS: O Direito à Informação para os Hipervulneráveis

1 Comentários Introdutórios

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos 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, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espreque em tais premissas, cuida hastear como flâmula 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]. Destarte, 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 primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, 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, precipuamente 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 neste substrato de exposição, 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 é, 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 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro

Em sede de ponderações introdutórias, tendo como pilares de apoio as lições apresentadas por Marquesi[4] que, com substancial pertinência, diciona 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.

Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios 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 ter conhecimento dos preceitos e dogmas permite adentrar no âmago da realidade jurídica. Afora isso, toda sociedade que se encontre politicamente organizada ostenta uma tábua principiológica, a qual, com efeito, oscila e evolui em consonância com a cultura e os valores adotados. 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 de estarem alicerçados em cânones positivados pelos representantes da nação ou de regra costumeira, que foi democraticamente aderida 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 grosso, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como super-normas, isto é, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”*[5]. 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[6]. Essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram o ramo Consumerista da Ciência Jurídica, em especial devido à proteção dispensada pelo Ordenamento Pátrio aos consumidores, em razão da vulnerabilidade desses.

Salta aos olhos, desta sorte, o relevo indiscutível que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental,

atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. Diante do exposto, é verificável que com as inovações apresentadas no Texto Constitucional erigiram os consumidores como detentores de direitos constitucionais fundamentais, conjugado, de maneira robusta, com o relevante propósito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias e a salvaguardar as disposições entalhadas na Carta de 1988.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. 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. A exemplo de tal afirmativa, pode-se citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes à Legislação Consumerista. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afastar qualquer possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

3 A Proeminência dos Corolários da Informação e da Transparência na Proteção e Defesa do Consumidor

Em sede de ponderações introdutórias, calha rememorar que o direito à informação se apresenta como o mais básico dos direitos do consumidor, configurando-se como verdadeiro dever-direito. Ao lado disso, cuida salientar que informação consiste no ato de comunicar, compartilhar o que se tem conhecimento de boa-fé, cooperando, assim com o outro. Como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro pela inexperiência ou incapacidade do consumidor de se informar. A proeminência do dever-direito de informação é decorrente dos diversas atribuições e funções que desempenha, tanto no que tange à sustentação do modelo capitalista do livre mercado, substancializado notadamente na proteção da concorrência, assim como na viabilização de vários outros direitos relativos ao consumidor, como, por exemplo, o acesso à justiça.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela

necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. O nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas normas relacionadas à função social e à boa-fé, por intermédio das quais a liberdade de contratar assume novel feição, uma vez que a lei, detentora de preponderante papel nessa nova realidade, impõe a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. De maneira pacificada, o Superior Tribunal de Justiça construiu entendimento que:

Ementa: Agravo Regimental - Ação de cobrança - Decisão Monocrática que negou provimento ao agravo. Insurgência do réu. 1. Violação do art. 535 do CPC não configurada, pois o acórdão estadual hostilizado enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2. O dever de exibição de documentos por parte da instituição bancária decorre do direito de informação ao consumidor (art. 6º, III, do CDC), enquanto não prescrita eventual ação. 3. Recurso desprovido, com aplicação de multa. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgRg no AREsp 241.731/MG/ Relator: Ministro Marco Buzzi/ Julgado em 21.03.2013/ Publicado no DJe em 08.04.2013).

Ementa: Direito do Consumidor. Publicidade enganosa. Empreendimento divulgado e comercializado como hotel. Mero residencial com serviços. Interdição pela municipalidade. Ocultação deliberada de informação pelo fornecedor. Anulação do negócio jurídico. Indenização por lucros cessantes e por danos morais devida. 1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual. [...] 3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o

consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão. [...] 5. Recurso especial de Antônio Rogério Saldanha Maia provido. 6. Recursos especiais de Gafisa S/A e Banco BBM S/A não conhecidos. Prejudicadas as demais questões suscitadas. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.188.442/RJ/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 06.11.2012/ Publicado no DJe em 05.02.2013).

Ementa: Processo Civil e Consumidor. Recurso especial. Portarias.Regulamentos e decretos. Controle. Não cabimento. Curso Superior não. Reconhecido pelo MEC. Circunstância não Informada aos alunos. Impossibilidade de exercer a Profissão. Responsabilidade objetiva da instituição de Ensino. Dano moral. Valor. Revisão pelo STJ. Montante Exorbitante ou irrisório. Cabimento. [...] 3. O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 4. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. [...] 8. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.121.275/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 27.03.2012/ Publicado no DJe em 17.04.2012).

Ao lado disso, insta aduzir que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor, presente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se

referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a “*educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo*”^[7]. Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulada da liberdade, eis que inexiste plena liberdade sem acesso à informação. O direito à informação, enquanto integrante da robusta coluna principiológica de sustentação do Direito do Consumidor, visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.

Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados. Neste almiré, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. Nesta linha de dicção, ainda, a proteção contra riscos decorre dos ideários fundantes da obrigação de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma. Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais consciente ou mesmo evitando a sua aquisição, sendo que o corolário em comento se apresenta como axioma que fomenta a conscientização do consumidor.

À sombra do expandido, o direito à informação, consagrado na Legislação Consumerista, está indissociavelmente atrelado aos elementos essenciais para que o consumidor manifeste seu consentimento, de maneira esclarecida e ciente. Dessa sorte, a informação deve guardar relevância para o uso do produto, para a sua aquisição, para a segurança. No mais, a informação tem como fito: (i) a conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das

preferências que lhes digam respeito; (ii) possibilidade de averiguação, em consonância com os critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; (iii) diversificação de oportunidades para comparar os múltiplos produtos; (iv) conhecimento dos entendimentos jurídicos subjetivos próprios e alheios que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo; (v) celeridade e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora ou decisória, de conflitos de mercado de consumo.

No que tange ao cânone da transparência, de modo geral, impende salientar que tal dogma tem como fértil sedimento a clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe, de maneira recíproca, às partes conceder, nas relações jurídicas. Tal escopo, acresça-se, só será alcançado a partir da adoção de medidas que impliquem no fornecimento de informações verdadeiros, objetivas e precisas ao consumidor, assim como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço. “*Visa, também, proteger o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços*”^[8]. Trata-se de instrumento apto a robustecer a concepção de reequilíbrio das forças na relação de consumo, maiormente na conclusão de contratos de consumo, estabelecidos na Legislação Consumerista, como modo de alcançar a ambicionada justiça contratual. No mais, como já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça, a inobservância do axioma em destaque acarreta em sanção, pois configura como verdadeiro ilícito administrativo, devendo, portanto, o Ente Estatal, no uso de seu poder de polícia, coibir tais práticas atentatórias. Ao lado disso, colhem-se os seguintes arestos:

Ementa: Administrativo – Regulação – Poder de Polícia Administrativa – Fiscalização de Relação de Consumo – INMETRO – Competência relacionada a aspectos de conformidade e metrologia – Deveres de Informação e de Transparência Quantitativa – Violação – Autuação – Ilícito Administrativo de Consumo – Responsabilidade Solidária dos Fornecedores – Possibilidade. 1. A Constituição Federal/88 elegera a defesa do consumidor como fundamento da ordem

econômica pátria, inciso V do art. 170, possibilitando, assim, a criação de autarquias regulatórias como o INMETRO, com competência fiscalizatória das relações de consumo sob aspectos de conformidade e metrologia. 2. As violações a deveres de informação e de transparência quantitativa representam também ilícitos administrativos de consumo que podem ser sancionados pela autarquia em tela. 3. A responsabilidade civil nos ilícitos administrativos de consumo tem a mesma natureza ontológica da responsabilidade civil na relação jurídica base de consumo. Logo, é, por disposição legal, solidária. 4. O argumento do comerciante de que não fabricou o produto e de que o fabricante foi identificado não afasta a sua responsabilidade administrativa, pois não incide, in casu, o § 5º do art. 18 do CDC. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1118302/SC/ Relator Ministro Humberto Martins/ Julgado em 01.10.2009/ Publicado no DJe em 14.10.2009).

Ementa: Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim

entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. [...] 5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.144.840/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 20.03.2012/ Publicado no DJe em 11.04.2012).

Averbe-se, por necessário, que o princípio da transparência desfralda como pavilhão a obrigação do fornecedor de informar, de maneira prévia, o consumidor, assentando-se em conteúdo claro e correto, como, por exemplo, a respeito das qualidades do produto, da quantidade, aspectos característicos, composição e preço. Com espeque no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor^[9], verifica-se que em sendo o contrato redigido de maneira a acarretar dificuldade a compreensão de seu sentido e alcance, a avença será tida como inexistente, demonstrando, via de consequência, a atenção dispensada pelo legislador ao preceito em comento.

4 Anotações ao Recurso Especial nº 1.515.895-MS: O Direito à Informação para os Hipervulneráveis

Em uma primeira plana, quadra destacar que o direito do consumidor à informação, notadamente propulsionado pela ótica protecionista constitucional, alcança, inclusive, o acesso à informação adequada e clara acerca dos diferentes produtos e serviços, com especificação correta acerca da quantidade, aspectos característicos, composição, qualidade e preço. Verifica-se, neste primeiro momento, que o acesso à informação adequada afigura-se, em sede de relações consumeristas, como pilar de salvaguarda da vulnerabilidade do consumidor. Assim, nele encontra-se inserto um dos baluartes do microssistema da sociedade contemporânea, inserindo-se a proteção contra a publicidade enganosa como máxima no Direito do Consumidor. Nesta toada, a promoção do acesso à informação adequada deriva dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, tal como dos corolários da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor. No mais, o dever, por parte do fornecedor, de prestar ao consumidor informações adequadas e claras incide nas fases pré-contratual, contratual e pós-

contratual, vinculando, em decorrência de seu aspecto, tanto o fornecedor privado e o fornecedor público.

Nesta linha, de maneira paradigmática, em recente julgamento do Recurso Especial nº 1.515.895-MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a disposição da informação, em sede de embalagens, para alimentos com a presença de glúten, visando atender a hipervulnerabilidade apresentada pelos celíacos. Neste aspecto, a relatora pontuou que o próprio Superior Tribunal de Justiça explicitou que o dever de informar, em relação ao fornecedor, comporta quatro categorias distintas, que se complementam e guardam vinculação entre si, a saber: **(i)** informação-conteúdo, consistente nas características do produto ou do serviço disponibilizado para comercialização; **(ii)** informação-utilização, materializado nas instruções ao consumidor acerca da utilidade de um determinado produto ou serviço, ou seja, quais são as capacidades desempenhadas por aquele; **(iii)** informação-preço, compreendendo os dados sobre o preço e formas de pagamento do produto e serviço; e **(iv)** informação-advertência, abarcando os alertas sobre os riscos à saúde ou segurança do consumidor que a utilização de um determinado produto ou serviço pode acarretar.

Além disso, é oportuno mencionar que o Recurso Especial nº 1.515.895-MS, de maneira expressa, aludiu o dever de informação demanda do fornecedor comportamento ativo e positivo, tendo em vista que a legislação consumerista não aceita a regra *caveat emptor*, também afastando qualquer tipo de silêncio ou informações parciais pelo fornecedor. Para tanto, o julgamento reafirma o ideário de que a legislação consumerista estabelece uma regra geral de informação – também nominada de regra comum, ordinária ou primária -, ao passo que a Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003[10], que obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle de doença celíaca, apresenta uma regra especial de dever de informação – também chamada de regra secundária, derivada ou tópica -, insculpida em seu artigo 1º.

Ademais, cuida destacar que, conquanto haja a consagração de um dever específico de informar trazido pela Lei nº 10.674/2003, essa é incapaz de afastar a aplicação e incidência das normas contidas no Código de Defesa e Proteção do Consumidor na hipótese de informação acerca do glúten, ante a eventual

necessidade de complementações. No julgamento em exame, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a preocupação com os consumidores hipervulneráveis, *in casu*, os celíacos, cuja boa saúde depende de informações verídicas e precisas contidas nas embalagens de produtos alimentícios disponibilizados ao consumo. Assim, colaciona-se a ementa do julgado:

Ementa: Recurso Especial. Direito do Consumidor. Ação coletiva. Associação de defesa do consumidor. Direito individuais homogêneos. Direito de informação. Produto. Glúten. Doença celíaca. Advertência. Proteção suficientemente adequada. Informações complementares. Desnecessidade. Ônus de sucumbência. Compensação. Má-fé. Ausência. Impossibilidade. - Ação ajuizada em 12/08/2010. Recurso especial interposto em 01/06/2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. - Cuida-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína denominada glúten e que essa substância é prejudicial aos portadores da doença celíaca. - É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna. - A expressão “contém glúten” ou “não contém glúten” constitui uma clara advertência aos consumidores, sendo uma proteção suficientemente adequada àqueles que são adversamente afetados pela mencionada substância. É desnecessária a inserção de informações adicionais nos rótulos e embalagens. - A associação civil que ajuíza ação coletiva para a defesa dos interesses e direitos de seus associados consumidores é isenta do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo na hipótese de comprovada má-fé. - Ante a isenção dos ônus sucumbências de uma das partes, não se pode determinar sua compensação. - Recurso especial parcialmente provido (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ Recurso

Especial nº 1.515.895-MS/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 06.12.2016).

No mais, ao analisar o pleito contido no recurso, a Ministra Relatora asseverou que a legislação em comento não possuía nenhuma lacuna a ser preenchida, ao contrário do que sustentou o recorrente, porquanto a legislação preconizava que a informação a ser apresentada na embalagem do produto alimentício não era *informação-conteúdo*, que é satisfeita quando indica os ingredientes empregados para se fazer um determinado produto. Ao reverso, trata-se de *informação-advertência*, expressa e inequívoca àqueles que são afetados pela substância, o que ocorre com os celíacos, em caso de presença de glúten no produto alimentício. Tanto é o caso que o próprio §1º do art. 1º da Lei 10.674/2003 classifica as inscrições “contém glúten” ou “não contém glúten” como uma advertência que deverá ser expressa nos rótulos, embalagens, cartazes e materiais de divulgação de produtos alimentícios industrializados. Assim, no caso examinado, a Ministra Relatora manifestou entendimento que a presença da advertência, por si só, é suficiente para atender os comandos geral e especial de informação, sendo despicienda a alocação de outro elemento.

Referências:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

_____. **Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003.** Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle de doença celíaca. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

JULGAMENTO Histórico: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças. **Migalhas**. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PARANÁ (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **JusNavigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

[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 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] 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 27 jan. 2017.

[5] VERDAN, 2009, s.p.

[6] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

[7] BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

[8] CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 10.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017: “**Art. 46.** *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*”.

[10] BRASIL. **Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003**. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle de doença celíaca. Disponível em: . Acesso em 27 jan. 2017.

**A APROXIMAÇÃO DAS REGRAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA
SOCIAL AOS REGIMES PRÓPRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS**

CAROLINE BARBOSA ALVES

TERESINA

2016



www.conteudojuridico.com.br

CAROLINE BARBOSA ALVES

**A APROXIMAÇÃO DAS REGRAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA
SOCIAL AOS REGIMES PRÓPRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação apresentado a Estácio CEUT, como Requisito Parcial para a Obtenção do Grau de Especialista em Direito Previdenciário.

Orientador: Prof.º Alex Sandro Lial Sertão.

TERESINA

2016



www.conteudojuridico.com.br

CAROLINE BARBOSA ALVES

**A APROXIMAÇÃO DAS REGRAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA
SOCIAL AOS REGIMES PRÓPRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação apresentado a Estácio CEUT, como Requisito Parcial para a Obtenção do Grau de Especialista em Direito Previdenciário.

Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Orientador

1º Examinador

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

INPC – Índice nacional de preços ao consumidor

LC – Lei Complementar

PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar

RGPS – Regime geral de previdência social

RPPS – Regime próprio de previdência social

STF – Supremo Tribunal Federal

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

RESUMO

ALVES, Caroline Barbosa. **A aproximação das regras do regime geral de previdência social aos regimes próprios dos servidores públicos efetivos**. 2015. 37 f. Monografia (Pós-graduação em Direito) – Coordenadoria do Curso de Pós-graduação em Direito da Estácio CEUT, Teresina, 2016.

O regime próprio de previdência dos servidores públicos efetivos sofreu profundas mudanças na Constituição Federal, perpetradas pelas Emendas Constitucionais. O legislador constituinte derivado acabou com a paridade e a integralidade, permitiu a instituição do teto aos benefícios concedidos equivalente ao teto já existente para o regime geral de previdência social, dentre outras inúmeras mudanças. Percebe-se uma tendência política de aproximar as regras do regime geral às do regime próprio, demonstrada durante todo o trabalho. A própria Constituição prevê que o regime de previdência dos servidores públicos observará os requisitos e critérios fixados para o regime geral. O presente trabalho, portanto, visa analisar as mudanças trazidas pelas Emendas Constitucionais e a aproximação dos dois regimes públicos de previdência existentes no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Regime geral. Constituição Federal. Regimes próprios de previdência social. Aproximação das regras. Emenda Constitucional.

ABSTRACT

Even the pension scheme of tenured civil servants has undergone profound changes in the Constitution, perpetrated by the Constitutional Amendments. The derived constituent legislator ended parity and completeness allowed the ceiling to the institution granted benefits equivalent to the existing ceiling for the general social security scheme, among other numerous changes. We can see a political tendency to approach the rules of the general regime to the regime itself, demonstrated throughout the work. The Constitution itself provides that the civil servants pension arrangements comply with the set requirements and criteria for the general scheme. This study therefore aims to analyze the changes brought about by Constitutional Amendments and the approach of the two public pension schemes existing in Brazil.

KEYWORDS: Social Security. General scheme. Federal Constitution. Own social security systems. Approximation of rules. Constitutional amendment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE REGIMES PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL.....	11
3. REGRAS GERAIS DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	16
3.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS.....	16
3.2 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS PROMOVIDAS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	20
3.2.1 EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998.....	20
3.2.2 EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003.....	21
3.2.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005.....	23
3.3 APOSENTADORIAS PREVISTAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	25
4. A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS.....	27
4.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS.....	27
4.2 REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS FEDERAIS – LEI 12.618/2012.....	28
4.2.1 INTRODUÇÃO.....	28
4.2.2 ENTIDADES FECHADAS – FUNPESP’S.....	29

5. A “PRIVATIZAÇÃO” DOS REGIMES PRÓPRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	32
6. CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

1. INTRODUÇÃO

O tema “Previdência Social” sempre foi muito discutido no Brasil, notadamente por seu caráter social. O Poder Público abstencionista de outrora, com o nascimento do Estado Social, se viu obrigado a assumir a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão), destacando-se a saúde, a previdência social e a assistência social como pilares da Seguridade Social brasileira.

A Constituição Federal de 1988, a despeito de já existir legislação anterior tratando sobre temas correlatos, foi a primeira a instituir no Brasil o sistema da seguridade social. Frise-se que a Constituição de 1946 contemplou pela primeira vez no país a expressão “Previdência Social”.

O Prof. Frederico Amado (2015, p. 21) explica que:

Dentro da seguridade social, coexistem dois subsistemas: de um lado o subsistema contributivo formado pela previdência social, que pressupõe o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciárias para que o segurado e seus dependentes possam usufruir dos benefícios. Do outro, o subsistema não contributivo, integrado pela assistência social e pela saúde, custeadas pelos tributos em geral (especialmente as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social).

Em breve análise, a assistência social vem disciplinada nos artigos 203 e 204, da CF, destacando-se a Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). Conforme leciona Fábio Zambitte (2007, p. 11), “Assim como a saúde, independe de contribuição do associado. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido”. Portanto, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Já a saúde é tratada especialmente pelos artigos 196 a 200, da CF, com regulamentação dada pela Lei 8.080/1990, sendo dever do poder público prestá-la a todos. Ainda das lições do Professor Fábio Zambitte (2007, p. 06):

A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida – qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado -, e, ainda, não necessita de comprovação de contribuição direto.

Quanto ao terceiro pilar da seguridade social brasileira, com disciplina constitucional ditada em especial pelos artigos 40, 201 e 202, são dois os regimes públicos de previdência social previstos na Constituição Federal de 1988: o regime geral de previdência social (RGPS), que abarca a grande maioria dos trabalhadores brasileiros, e os regimes próprios dos servidores titulares de cargo efetivo nos entes federativos (RPPS's).

No que toca aos RPPS's, encontram seu fundamento no art. 40 da Constituição Federal, sendo que, após inúmeras alterações por Emendas Constitucionais, o que se nota cada vez mais é a tentativa do legislador em aplicar as regras da iniciativa privada aos servidores públicos.

Os maiores exemplos constam da Emenda Constitucional 20/1998, que acresceu ao art. 40, da CF, os parágrafos quatorze, quinze e dezesseis, os quais tratam da previdência complementar dos servidores titulares de cargo efetivo e, mais recentemente, da Lei 12.618/2012, que definiu a normatização básica do citado regime complementar para os servidores públicos federais.

Ressalte-se que, com tal modificação, os entes federativos que instituíam o regime de previdência complementar poderão fixar para o valor dos benefícios a serem concedidos pelo RPPS o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Ainda, o disposto no artigo 202 e seus parágrafos, que tratam do regime de previdência privada, será observado, no que couber, pelo regime de previdência complementar dos servidores públicos.

O presente trabalho objetiva, inicialmente, fazer uma breve exposição dos regimes previdenciários existentes no Brasil e analisar as regras gerais dos regimes de previdência

social dos servidores públicos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, intitulados regimes próprios de previdência social, cuja base normativa está primordialmente no artigo 40 da Constituição Federal, com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais 03/1993, 20/1998, 41/2003, 47/2005.

Posteriormente, abordará a previdência complementar dos servidores públicos, autorizada pela EC 20/1998 e instituída, para os servidores federais, pela Lei 12.618/2012, abordando em todo o exposto os pontos que justificam a afirmação de aproximação das regras do regime geral de previdência social aos regimes próprios de previdência social.

Por fim, o trabalho encerrará com as considerações finais sobre o tema tratado, sem a pretensão de esgotar o assunto, tendo em vista a sua complexidade e dinamismo. O objetivo é apenas trazer uma visão crítica, a qual denominou-se de “privatização” dos regimes próprios de previdência social, diante das inúmeras modificações introduzidas no ordenamento jurídico.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE REGIMES PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL

No Brasil, o traço distintivo entre a previdência social e a saúde e assistência social é o seu caráter contributivo, já que apenas terão cobertura as pessoas que contribuam para o regime que se filiarem.

Neste sentido, os planos de previdência social no Brasil podem ser divididos em básicos (ou públicos) e complementares (ou privados). Os primeiros são compulsórios a quem exerce atividade laboral remunerada, enquanto estes são facultativos e ofertam benefícios complementares aos beneficiados, fugindo à regra, portanto, da compulsoriedade de contribuição.

Ivan Kertzman (2013, p.37), analisando os regimes de previdência social, diz que:

Do ponto de vista financeiro, os regimes de previdência social podem ser financiados de duas formas: repartição simples ou capitalização. No regime de repartição simples, as contribuições são depositadas em um fundo único. Os recursos são, então distribuídos a quem deles necessitar. Está alinhado com o princípio da solidariedade. Os regimes previdenciários públicos do Brasil são organizados com base na repartição simples. O regime de capitalização é aquele em que as contribuições são investidas pelos administradores, sendo os rendimentos utilizados para a concessão de futuros benefícios aos segurados, de acordo com a contribuição feita por cada um. A previdência privada se utiliza desta técnica de custeio.

Quanto aos planos básicos, subdividem-se no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), obrigatório aos trabalhadores em geral, e nos Regimes Próprios de Previdência Social, obrigatórios para os servidores públicos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os militares, caso tenham sido criados pelas respectivas entidades políticas.

Ainda, nas palavras do Professor Fábio Zambitte (2007, p. 27), no Brasil, existem dois regimes básicos de Previdência Pública, ambos de filiação obrigatória e caráter contributivo:

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS), que rege a previdência dos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de que trata o art. 201 da CF/88 e o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS), aplicável aos servidores públicos efetivos dos Entes Federativos, de que trata o art. 40 da Lei Maior.

Conforme já dito, as diretrizes do RGPS estão fixadas no art. 201, da CF/1988, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela EC nº 47/05).

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela EC nº 20, de 1998).

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes

incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela EC nº 20, de 1998).

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. (Redação dada pela EC nº 47, de 2005).

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

No plano infraconstitucional, as duas leis básicas que tratam da matéria são a Lei nº 8.212/91 (plano de custeio previdenciário) e a Lei nº 8.213/91 (plano de benefícios da previdência social).

Para o doutrinador Wagner Balera (2009, p.15) “Neste regime, encontraremos todos os trabalhadores, desde que não filiados ao regime próprio, bem como, aqueles que, embora não exerçam atividades remuneradas, inscrevem-se no sistema”.

No que diz respeito aos RPPS's, não cabe, no presente momento, fazer quaisquer explicações, visto que serão estudados no capítulo 3 da presente monografia.

Os planos complementares, por sua vez, dividem-se em: regime complementar privado aberto, regime complementar privado fechado e regime complementar dos servidores públicos efetivos, sendo este último também tratado em capítulo próprio.

Para o Professor Wladimir Novaes Martinez (2012, p. 55) a previdência complementar “é um conjunto de operações econômico-financeiras empreendidas no âmbito da sociedade, de adesão espontânea, propiciando benefícios adicionais ou assemelhados, mediante recursos exclusivos do protegido”.

O regime de previdência complementar privado goza de previsão no art. 202, da CF/88, conforme abaixo colacionado:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela EC nº 20, de 1998).

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide EC nº 20, de 1998).

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela EC nº 20, de 1998).

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela EC nº 20, de 1998).

A previdência complementar privada é regulamentada pelas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, já que se cuida de tema afeto à lei complementar. A LC 109 traz as regras gerais sobre a previdência complementar privada, ao passo que a LC 108 regula a relação jurídica entre as entidades componentes da Administração Pública com as suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar (fundos de pensão).

É organizada de maneira autônoma ao RGPS, sendo a sua filiação de natureza facultativa. Ainda, a relação previdenciária privada não integra o contrato de trabalho dos participantes.

O regime complementar privado aberto é explorado por sociedades anônimas com o objetivo de instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário acessíveis a quaisquer pessoas físicas, a exemplo da BRASILPREV, do Banco do Brasil.

Seu órgão regulador é o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o órgão fiscalizador do sistema é a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ambos vinculados ao Ministério da Fazenda, pois, no dizer de Fábio Zambitte (2007, p. 657) “apesar de o assunto ser previdência complementar, o MPS não possui qualquer ingerência no segmento aberto”.

Vê-se, assim, um forte controle estatal, que mitigou a autonomia privada no que concerne ao regime de planos ofertados, que deverão observar os parâmetros legais e ainda ser previamente aprovados pelos agentes normativos e reguladores do Poder Público.

Por fim, o regime complementar privado fechado é mantido por entidades fechadas de previdência complementar (associações ou fundações), que oferecem planos de benefícios a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores, portanto, não acessível a qualquer pessoa, a exemplo da PREVI – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil.

O órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC). Também existe o órgão regulador do sistema, que é o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPIC), o qual expede normas administrativas, vinculando todo o setor. Ambos os órgãos são vinculados ao Ministério da Previdência Social.

Ressalte-se que o sistema de previdência complementar tem evoluído bastante, sendo uma fatia de mercado de aplicações, além de ser uma alternativa para a complementação de valor dos benefícios previdenciários.

O próximo capítulo abordará o regime próprio de previdência social com mais profundidade, visto tratar-se de um dos principais temas aqui discutido.

3. REGRAS GERAIS DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS

O regime próprio de previdência social – RPPS – é o regime de previdência que assegura aos servidores titulares de cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40, da Constituição Federal, conforme abaixo disposto:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos

termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Ao lado do art. 40, da CF, as Leis 9.717/1998 e 10.887/2004 traçam as regras gerais dos RPPS's e serão obrigatoriamente observadas pelos entes federativos na instituição dos seus regimes próprios.

De acordo com o art. 5º, da Lei 9.717/98, “os regimes próprios de previdência dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”.

É necessário dizer que, neste capítulo, não serão abordados os planos de benefícios em espécie dos regimes próprios das entidades políticas, mas apenas as regras gerais dispostas na Constituição e as alterações perpetradas pelas Emendas Constitucionais, bem como as leis

que traçam as regras gerais, visto ser impossível dispor sobre as regras peculiares de cada ente.

Nas lições do Prof. Hugo Goes (2011, p. 640):

O RPPS oferecerá cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargo efetivo, magistrados, ministros e conselheiros dos tribunais de contas, membros do Ministério Público e de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídos suas autarquias e fundações e seus dependentes.

Ressalte-se que, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplicar-se-á o regime geral de previdência social, conforme § 13, art. 40, com redação dada pela EC 20/1998.

Da mesma forma que o RGPS, o RPPS tem caráter contributivo e é organizado com base em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro a atuarial.

Apenas será possível a criação de um RPPS por cada entidade política, havendo apenas uma unidade gestora, conforme determina o § 20, art. 40, da CF (redação dada pela EC 41/2003). Entende-se por unidade gestora a entidade ou órgão integrante da estrutura da Administração Pública de cada ente federativo, que tenha por finalidade a administração, o gerenciamento e a operacionalização do RPPS, incluindo a arrecadação e gestão de recursos previdenciários, a concessão, pagamento e manutenção dos benefícios.

No caso de extinção do RPPS, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como dos benefícios cujos requisitos necessários à sua concessão foram implementados anteriormente à extinção.

No âmbito do serviço público, a concessão de aposentadoria ou pensão por morte classifica-se como ato jurídico complexo, já que depende da manifestação de vontade de dois órgãos independentes: o órgão ao qual esteja vinculado o servidor e o Tribunal de Contas do respectivo ente.

A teor do art. 71, III, da CF, norma de reprodução obrigatória para os demais entes políticos, compete ao Tribunal de Contas da União apreciar, para fins de registro, a legalidade

dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

3.2 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS PROMOVIDAS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Os tópicos a seguir pretendem abordar as principais mudanças trazidas pelas Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 47/2005, as quais culminaram na atual redação do art. 40, da CF, já exposto acima.

3.2.1 EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998

A primeira reforma da previdência, que foi implementada pela EC 20/98, alterou drasticamente as regras previdenciárias, ao prever no *caput* do art. 40 a contribuição compulsória dos servidores públicos dos entes federativos. A expressão “de caráter contributivo” não era prevista na redação original.

A despeito, o art. 149 da CF, em seu texto original, apenas facultava aos entes instituir contribuições de seus servidores públicos para o custeio do RPPS. A EC 03/1993, posteriormente, instituiu a contribuição dos servidores públicos federais.

Além disso, os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não mais poderiam exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. Com isso, foram vedados todos os acréscimos que o servidor percebia, quando passava para a inatividade, tais como: adicionais de inatividade, prêmios, promoções etc.

Quanto à aposentadoria dos professores, os requisitos de idade e de tempo de contribuição passaram a ser reduzidos em cinco anos, em relação à aposentadoria voluntária, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Outra mudança foi que, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição, ficou vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto no art. 40, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis.

Com efeito, se houver compatibilidade de horários, será possível a acumulação de dois cargos de professor, um de professor com um cargo técnico ou científico, assim como de dois cargos na área da saúde, com profissões regulamentadas, a teor do artigo 37, XVI, da Constituição Federal (AMADO, 2015).

Quando o cargo puder ser acumulado, a soma dos proventos não poderá ultrapassar o teto do funcionalismo público, que é o subsídios dos Ministros do STF.

Urge observar, neste momento, a regra que aproximou o RPPS do RGPS: a EC 20/1998 passou a prever que, além do disposto no artigo 40, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observaria, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

O STF já entendeu que, por derivação, se não for possível a acumulação de duas aposentadorias, também não poderão ser instituídas duas pensões por morte em favor dos dependentes do falecido.

Permitiu, ainda, nos §§ 14, 15 e 16, do mesmo artigo que os entes da Federação instituíssem sua previdência complementar para os seus servidores, por meio de lei ordinária, de iniciativa destes, limitando o valor dos benefícios ao máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

Portanto, o que se observa é que a EC 20/1998 começou a introduzir as regras do RGPS nos regimes próprios, com uma notória tendência de aproximação das regras de ambos os regimes.

3.2.2 EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003

Com o advento da Emenda Constitucional 41/2003, o *caput* do art. 40 da CF foi alterado a fim de instituir o caráter solidário do RPPS e, com isso, permitir a incidência de contribuições previdenciárias a serem pagas pelos aposentados e pensionistas do RPPS.

Nesse sentido, há autorização constitucional para que os aposentados e pensionistas do RPPS paguem contribuições previdenciárias sobre os seus proventos e pensões, respectivamente, mas apenas sobre a parcela que exceda ao teto do RGPS, com a mesma alíquota dos ativos.

Ressalte-se que a reforma constitucional não instituiu diretamente a contribuição dos inativos e pensionistas, mas apenas autorizou a cobrança, cabendo aos entes políticos fazê-lo por meio de lei ordinária.

Neste ponto, o regime geral de previdência social difere, já que não há previsão de contribuição dos aposentados e pensionistas.

Outra importante mudança foi o fim da paridade e da integralidade. A paridade era o direito que o inativo tinha de ter seus proventos revistos na mesma proporção e data dos servidores em atividade. Já a integralidade era o direito de ter a aposentadoria calculada com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria e correspondia à totalidade da remuneração.

Os proventos de aposentadoria dos servidores públicos passaram, assim, a ser calculados com base na mesma média aritmética utilizada no RGPS, outro ponto que demonstra a aproximação das regras dos regimes.

O art. 40, § 1º, da Constituição, que trata das diferentes espécies de aposentadoria do servidor, faz remissão aos §§ 3º e 17, os quais, respectivamente, determinam o fim da aposentadoria integral (valor do pagamento na inatividade igual à última remuneração), passando-se a calcular a prestação previdenciária por meio da média (assim como no RGPS), e a necessidade de atualização monetária quando da confecção da média, para efeitos de aferição da renda mensal inicial.

A Lei nº 10.887/2004 regulamentou dispositivos da EC nº 41/2003 e trouxe a forma de cálculo dos proventos, no seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º. No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

O reajuste dos benefícios será anual e pelo índice utilizado no RGPS, que é o INPC, salvo os servidores que tiverem paridade assegurada, na forma do art. 15, da Lei 10.887/2004, com redação da Lei 11.784/2008. Vale dizer que a Suprema Corte decidiu cautelarmente na ADI 4.582 que referido artigo apenas se aplica à União, isso porque, é concorrente a competência para legislar sobre os regimes próprios, tendo a União invadido a competência dos demais entes políticos ao dispor sobre critério de reajuste dos benefícios previdenciários.

Por fim, houve a previsão do abono de permanência: o servidor público que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, da CF e que optar por permanecer em atividade fará jus ao abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória, não incidindo sobre ele contribuição previdenciária.

3.2.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005

Com a EC 47/2005, ficou vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência social do art. 40, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, ainda inexistentes, os casos de servidores portadores de deficiência, servidores que exerçam atividades de risco e

servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Sobre o tema, o Prof. Frederico Amado (2015, p. 566) explica que:

Trata-se de exceção à regra constitucional que proíbe a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, em aplicação ao Princípio da Isonomia. Com propriedade, a aposentadoria com critérios especiais era prevista apenas para os servidores que exerciam atividades sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, que não sofreu a regulamentação até o momento. Com o advento da Emenda 47/2005, houve uma expansão do benefício, que passou a abarcar também os servidores que desenvolvem atividades de risco e os portadores de deficiência, mas nunca foi editada a lei complementar exigida pelo artigo 40, § 4º, da CRFB.

Ainda, no que toca sobre a inexistência das leis complementares e sobre a constante aproximação das regras do RGPS para o RPPS, o Professor Frederico Amado (2015, p. 567) diz que:

Contudo, ante a omissão do Congresso Nacional, o STF passou a prover os mandados de injunção a respeito, garantindo a concessão do benefício especial aos servidores públicos mediante a aplicação das regras do RGPS, constantes dos artigos 57 e 58, da Lei 8.213/91: “Inexistente a disciplina específica da aposentadoria do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei 8.213/91.” (MI 758, de 01.07.2008.

Logo, como o novo posicionamento da Suprema Corte, que não mais se limita a declarar a mora legiferante, a aposentadoria especial dos servidores público efetivo será devida nos mesmos termos do RGPS, ou seja, com 15, 20 ou 25 anos de contribuição, sem idade mínima.

Também, com a aprovação da Lei Complementar 142/2013, que regulamenta a aposentadoria especial dos segurados deficientes do RGPS, esta norma deve ser aplicada à aposentadoria especial dos servidores deficientes, até que o tema seja regulamentado no RPPS.

Por fim, a contribuição prevista no § 18 do referido artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante, conforme já comentado.

3.3 APOSENTADORIAS PREVISTAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A primeira aposentadoria prevista no § 1º, inciso I, do art. 40, da CF é a por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

O servidor que apresentar incapacidade permanente para o trabalho, conforme laudo médico pericial, fará jus à aposentadoria por invalidez.

A jurisprudência do STF entende que se a entidade política não editar lei listando as doenças graves, os proventos serão sempre proporcionais, citando-se como exemplo o Recurso Extraordinário 353.595, de 03 de maio de 2005.

Entende, também, que a lei do RPPS que previr a lista legal de doenças graves, contagiosas ou incuráveis será taxativa, citando-se como exemplo o Recurso Extraordinário 656.860.

A segunda é a aposentadoria compulsória, a qual foi modificada pela EC 88/2015. Passou a ser prevista obrigatoriamente ao servidor efetivo, homem ou mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) ano de idade, na forma de lei complementar.

No que tange à aposentadoria voluntária, são exigidos 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo efetivo no qual se dará a aposentadoria. Ainda, serão observados os seguintes requisitos: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher, com proventos integrais; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, haverá redução de cinco anos tanto na idade quanto no tempo de contribuição para homens e mulheres.

Quanto às aposentadorias especiais, previstas no § 4º, do art. 40, CF, quais sejam, aos servidores portadores de deficiência; que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física também já foram comentadas no que toca à EC 47/2005.

A despeito, vale dizer que o STF editou a súmula vinculante 33: “aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre a aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

Porém, a súmula ficou aquém do que deveria ter dito, já que deixou de contemplar as hipóteses de aposentadoria aos servidores portadores de deficiência e os que exercem atividades de risco.

4. A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS

4.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS

Conforme já exposto, a EC 20/1998 autorizou a instituição do regime público de previdência complementar através dos §§ 14, 15 e 16 do art. 40. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir o regime de previdência complementar para seus servidores, mediante lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo.

Para o Professor Frederico Amado (2015, p. 593), a aprovação da referida reforma na previdência significa:

Decorre de um movimento político que busca aproximar cada vez mais o regime previdenciário dos servidores públicos efetivos ao regime dos trabalhadores em geral, ignorando as peculiaridades inerentes à relação de trabalho no âmbito das pessoas jurídicas de direito público.

No mesmo sentido, ao regime previdenciário público complementar será aplicável, no que couber, as disposições relativas ao regime de previdência complementar privada.

Serão criadas entidades fechadas de previdência complementar, isto é, só poderão participar os servidores públicos titulares de cargo efetivo, de natureza pública, que oferecerão aos participantes planos de benefício somente na modalidade contribuição definida, sendo a adesão sempre facultativa.

Para o Professor Hugo Goes, (2011, p. 689): “A previdência complementar pública oferecerá aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida”.

Os planos de benefícios na modalidade contribuição definida são aqueles cujos benefícios têm seu valor ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante.

Portanto, somente o valor da contribuição do servidor é definida, enquanto o valor do benefício somente será conhecido por ocasião da sua concessão, o que depende de boa gestão na sua aplicação dos ativos, com vistas a garantir os benefícios futuros. Ou seja, poderá gerar insegurança jurídica.

Após a instituição da previdência pública complementar, as entidades políticas poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos RPPS's, o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Todavia, o novo regime só se aplica aos servidores públicos que tiverem ingressado no serviço público após a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar ou aos antigos servidores que fizerem opção expressa pelo novo regime.

O regime de previdência complementar dos servidores públicos federais, a ser estudado no próximo tópico, foi instituído pela Lei 12.618, de 30 de abril de 2012, publicada em 02 de maio de 2012.

4.2 REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS FEDERAIS – LEI 12.618/2012

4.2.1 INTRODUÇÃO

Com a justificativa de equacionar os débitos do Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos federais, a União instituiu sua previdência complementar, por meio da Lei 12.618, de 30 de abril de 2012, promovendo substanciais alterações nas regras de aposentadorias dos servidores de cargo efetivo da União.

No mesmo caminho, os demais entes federativos começam a criar seus regimes de previdência complementar, a exemplo de São Paulo e Rio de Janeiro.

Tal regime também será aplicado aos servidores efetivos de autarquias e fundações públicas federais e aos membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União.

Vale lembrar que somente mediante a prévia e expressa opção do servidor público é que o regime se aplicará ao mesmo. Entretanto, mesmo que ele não o faça, o limite dos benefícios do RGPS será aplicado aos benefícios concedidos pelo RPPS.

Dispõe o art. 16 que:

Art. 16. As contribuições do patrocinador e do participante incidirão sobre a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo a que se refere o art. 3º desta Lei, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

§ 1º Para efeitos desta Lei, considera-se base de contribuição aquela definida pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, podendo o participante optar pela inclusão de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência do local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

§ 2º A alíquota da contribuição do participante será por ele definida anualmente, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios.

§ 3º A alíquota da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios, e não poderá exceder o percentual de 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento).

§ 4º Além da contribuição normal, o participante poderá contribuir facultativamente, sem contrapartida do patrocinador, na forma do regulamento do plano.

§ 5º A remuneração do servidor, quando devida durante afastamentos considerados por lei como de efetivo exercício, será integralmente coberta pelo ente público, continuando a incidir a contribuição para o regime instituído por esta Lei.

O regime será mantido pelas contribuições do patrocinador, dos participantes e dos assistidos. A Lei 12.618/2012 possibilitou ao participante escolher anualmente a alíquota da sua contribuição. No caso do patrocinador, a sua alíquota será a mesma do participante, mas não excederá a 8,5%.

Referida contribuição incidirá sobre a parcela da remuneração que exceder ao teto do salário de contribuição do regime geral de previdência social, observado o teto do funcionalismo público.

4.2.2 ENTIDADES FECHADAS – FUNPRESP'S

Conforme já abordado, o regime de previdência complementar será instituído por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, porém, com personalidade jurídica de direito privado.

A Lei 12.618 autorizou a União a instituir três entidades de previdência fechada de acordo com os Poderes da Federação para administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, *in verbis*:

Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

I - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo, por meio de ato do Presidente da República;

II - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e

III - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.

§ 2º Por ato conjunto das autoridades competentes para a criação das fundações previstas nos incisos I a III, poderá ser criada fundação que contemple os servidores públicos de 2 (dois) ou dos 3 (três) Poderes.

§ 3º Consideram-se membros do Tribunal de Contas da União, para os efeitos desta Lei, os Ministros, os Auditores de que trata o § 4º do art. 73 da Constituição Federal e os Subprocuradores-Gerais e Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

Assim, as fundações são: a) Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (FUNPRESP-EXE); b) Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (FUNPRESP-LEG); c) Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (FUNPRESP-JUD).

Conforme art. 19, da Lei 12.618:

Art. 19. A constituição, o funcionamento e a extinção da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud, a aplicação de seus estatutos, regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão e suas respectivas alterações, assim como as retiradas de patrocínios, dependerão de prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.

§ 1º Serão submetidas ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar:

I - as propostas de aprovação do estatuto e de instituição de planos de benefícios da entidade fechada de previdência complementar, bem como suas alterações; e

II - a proposta de adesão de novos patrocinadores a planos de benefícios em operação na entidade fechada de previdência complementar.

§ 2º No caso da Funpresp-Exe, as propostas de aprovação do estatuto, de adesão de novos patrocinadores e de instituição de planos devem estar acompanhadas de manifestação favorável do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Fazenda.

§ 3º No caso da Funpresp-Leg, as propostas de aprovação do estatuto, de adesão de novos patrocinadores e de instituição de planos devem estar acompanhadas de manifestação favorável das Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

§ 4º No caso da Funpresp-Jud, as propostas de aprovação do estatuto, de adesão de novos patrocinadores e de instituição de planos devem estar acompanhadas de manifestação favorável:

I - do Supremo Tribunal Federal;

II - VETADO.

Somente após a instituição das fundações e a autorização da PREVIC é que os planos de benefícios poderão entrar em funcionamento. Atualmente, a única que está em funcionamento é a FUNPRESP-EXE, com marco inaugural em 04 de fevereiro de 2013. O plano de benefícios dos servidores do Executivo federal se chama ExecPrev.

O Poder Legislativo optou por não ter uma fundação própria, delegando à FUNPRESP-EXE a administração do plano de previdência, que se chama LegisPrev, para os servidores da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União.

Já o regime complementar dos servidores do Poder Judiciário se encontra em processo final de regulamentação, tendo os servidores do Ministério Público da União aderido ao plano dos servidores do Judiciário.

5. A “PRIVATIZAÇÃO” DOS REGIMES PRÓPRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A polêmica em torno das mudanças efetuadas não só nas regras dos regimes próprios, como também nas recentíssimas alterações nas regras do regime geral, remete aos fundamentos do papel do Estado e de sua relação com a sociedade, justificando o interesse no presente tema.

É inegável a tendência política de aproximar as normas dos Regimes Próprios às do Regime Geral de Previdência Social.

Referido movimento é visível na redação do § 12, do artigo 40, da CRFB, ao prever que o regime de previdência dos servidores titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Logo, em caso de omissão, se houver compatibilidade, foi autorizada pela Constituição a utilização das normas das Lei 8.212/91 e 8.213/91 ao RPPS.

E não somente em tal regra encontra-se exemplo de aproximação. Durante toda a elaboração do trabalho, não faltam exemplos que justificam a afirmativa de aplicação das regras do regime geral aos regimes próprios.

Nesse sentido, observa-se a Emenda Constitucional 20/98, que inseriu os parágrafos 14, 15 e 16 no art. 40. Em mais uma perda dos servidores públicos, o modelo adotado para o regime público complementar dos servidores públicos federais efetivos é fundamentado no regime de previdência privada, tanto que em vários momentos a Lei 12.618/2012 expressamente faz remissão às Leis Complementares 108 e 109.

O já comentado art. 5º, da Lei 9.717/98, dispõe que os regimes próprios não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

O seu art. 27, inclusive, pontifica que aplicam-se ao regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal as disposições das Leis Complementares 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

Trata-se de um modelo de privatização da previdência complementar do servidor público, desconsiderando que as relações públicas têm peculiaridades que podem, em alguns casos, gerar benefícios diferenciados.

A expressão “privatização” decorre da ideia de que o regime geral de previdência privada abarca a grande maioria dos trabalhadores da iniciativa privada.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, apontar-se-á algumas das justificativas para as mudanças realizadas, elencando como principais o *déficit* que existe nas contas do poder público em razão dos benefícios pagos e as críticas que sempre foram lançadas ao tratamento diferenciado dos servidores públicos em detrimento dos trabalhadores da iniciativa privada.

Em verdade, a Europa e a América Latina têm sido palco de medidas inovadoras em torno da reforma de seus sistemas de seguridade social em razão da chamada crise fiscal do Estado.

De fato, o desequilíbrio das contas públicas vem constituindo o grande argumento em favor da redução das despesas previdenciárias, como – no caso da América Latina e, particularmente, do Brasil – uma das formas de liberar recursos para o pagamento de juros e encargos da dívida pública.

Associados à questão do *déficit* fiscal, comparecem o desemprego, a taxa crescente de informalidade, as baixas taxas de crescimento econômico, com queda da arrecadação previdenciária, combinadas com o aumento da longevidade da população, o que têm conduzido ao crescimento desproporcional do universo de beneficiários inativos em face dos contribuintes em atividade.

É certo que os regimes de previdência social devem ser submetidos à revisão para coibir abusos e concessão de benefícios que onerarão os cofres públicos, sob o princípio da responsabilidade fiscal. E em alguns casos será realmente necessária a exigência de requisitos mais duros.

Mas, isso não significa compactuar com medidas tendentes ao confisco, seja pela redução dos benefícios previdenciários, seja pela cobrança de contribuição dos inativos, até

porque o servidor público, ao contrário do empregado do setor privado, não dispõe da poupança compulsória representada pelo FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço).

Trata-se, no caso do FGTS, de uma reserva que, se não utilizada para outros fins durante o período laboral, poderá complementar a renda na aposentadoria.

Portanto, não cabe a total aproximação entre os regimes. As diferenças devem ser respeitadas, sob pena de reproduzir a desigualdade.

6. CONCLUSÃO

Dentro da seguridade social, coexistem dois subsistemas: o subsistema contributivo formado pela previdência social, que pressupõe o pagamento de contribuições previdenciárias para que o segurado e seus dependentes possam usufruir dos benefícios, e o subsistema não contributivo, integrado pela assistência social e pela saúde, custeadas pelos tributos em geral.

No que toca à previdência social, encontra-se disciplinada em especial pelos artigos 40, 201 e 202, da Constituição Federal. São dois os regimes públicos de previdência social previstos na Constituição Federal de 1988: o regime geral de previdência social (RGPS), que abarca a grande maioria dos trabalhadores brasileiros, e os regimes próprios dos servidores titulares de cargo efetivo nos entes federativos (RPPS's).

Os planos complementares, por sua vez, dividem-se em: regime complementar privado aberto, regime complementar privado fechado e regime complementar dos servidores públicos efetivos, sendo este último também tratado em capítulo próprio.

Os RPPS's, encontram seu fundamento no art. 40 da Constituição Federal, sendo que, após inúmeras alterações por Emendas Constitucionais, o que se nota cada vez mais é a tentativa do legislador em aplicar as regras da iniciativa privada aos servidores públicos.

Os maiores exemplos constam da Emenda Constitucional 20/1998, que acresceu ao art. 40, da CF, os parágrafos quatorze, quinze e dezesseis, os quais tratam da previdência complementar dos servidores titulares de cargo efetivo.

O trabalho ainda elencou diversas outras mudanças trazidas pelas Emendas Constitucionais, na tentativa de unificação dos dois regimes públicos.

Mais recentemente, a Lei 12.618/2012 definiu a normatização básica do citado regime complementar para os servidores públicos federais.

Por fim, a ideia abordada no trabalho aponta um modelo de privatização da previdência complementar do servidor público, e também das regras dos RPPS's, desconsiderando que as relações decorrentes da iniciativa privada e dos servidores públicos têm muitas distinções.

A expressão “privatização” decorre da ideia de que o regime geral de previdência privada abarca a grande maioria dos trabalhadores da iniciativa privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade social**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. **Lei 12.618/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm> Acesso em: 20 de setembro de 2015.

BRASIL. **Lei 8.212/1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm> Acesso em: 20 de setembro de 2015.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 4 Ed. São Paulo: Ed. LTr, 2012.

DA SILVA, Ademir Alves. **A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado**. São Paulo Perspec., São Paulo , v. 18, n. 3, p. 16-32, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.