

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 803

(Ano IX)

(27/05/2017)

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

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589152>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



26/05/2017 Leonardo Sarmento

» [Lula poderá candidatar-se a Presidência? Poderá exercer seu mandato caso eleito? PEC por diretas já?](#)

ARTIGOS

26/05/2017 Ana Paula Coelho Dourado Figueiredo

» [A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo](#)

26/05/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [Ativismo judicial: uma análise sobre o controle de políticas públicas](#)

26/05/2017 Fábio André Uema Oliveira

» [Direito Fundamental à Livre Associação](#)

26/05/2017 Ivo Andrade Souza Júnior

» [Análise crítica da prisão temporária](#)

26/05/2017 Priscila Helena Soares Piau

» [Honorários advocatícios: implicações do novo Código de Processo Civil \(Lei 13.105/2015\)](#)

26/05/2017 André Luiz Prieto

» [Advogado, onde está você?](#)

25/05/2017 Edriene Veiga Malheiros

» [Pressupostos penais e constitucionais do garantismo de Luigi Ferrajoli](#)

25/05/2017 Marislei Fernanda Rios Pereira

» [Filhos do divórcio e o abandono afetivo](#)

25/05/2017 Wilson Felipe Franco Jandotti

» [Aspectos relevantes da modalidade de licitação "pregão"](#)

25/05/2017 Cibele Rezende Moreira

» [Dissolução irregular da sociedade e a responsabilidade tributária: tema selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça para decisão sob a sistemática de recursos repetitivos - REsp 1.377.019/SP](#)

25/05/2017 Michele Gama Sales

» [A Ética do Advogado e as Sanções Disciplinares aplicadas aos advogados pela OAB](#)

24/05/2017 Luiz Henrique De Paula Souza

» [Recurso Ordinário no Processo do Trabalho](#)

24/05/2017 Arthur Pereira de Oliveira Castro

» [A crise no sistema penitenciário brasileiro](#)

24/05/2017 Bruno Leão Carvalho

» [Internet - Direito Social](#)

24/05/2017 Ana Claudia Fernandes

» [A saúde e o abandono das mulheres no sistema penitenciário brasileiro](#)

24/05/2017 Paola Ijanci Ribeiro

» [Adoção por casais homossexuais](#)

24/05/2017 Samanta da Silva Nepunuceno

» [Responsabilidade civil do Estado por dano ambiental causado por queimadas na unidade de conservação do Parque Estadual do Lajeado](#)

24/05/2017 Naiara Cristina Helena Soares

» [Estupro de vulnerável](#)

24/05/2017 Valdeci Bento Ferreira Lima

» [Meio Ambiente Ecológico e o ICMS Ecológico](#)

23/05/2017 Willians Rafael Canuto Casimiro

» [A presunção da inocência: sobre a ótica da recente decisão do STF](#)

23/05/2017 Caroline Carvalho Barbosa Siqueira

» [Suspensão Condicional do Processo da Lei 9.099/95](#)

23/05/2017 Cibele Rezende Moreira

» [Grupos Econômicos: especificidades nas relações de emprego](#)

23/05/2017 Vitor Veloso Barros e Santos

» [Histórico dos Contratos Internacionais do Comércio](#)

23/05/2017 Diego Lima Mendes

» [A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária em garantia de bem imóvel](#)

23/05/2017 Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimaraes

» [A Criminologia e sua importância na atividade policial](#)

23/05/2017 André de Carvalho Amorim

» [Contratação pública direta para compra ou locação de imóvel e sua natureza jurídica](#)

22/05/2017 Waneska Resplande Rodrigues

» [Tipificação do terrorismo à luz da Lei 13.260 de março de 2016: crime ou ato preparatório](#)

22/05/2017 Nívea Maria Arcela de Lima

» [Execução provisória da pena após condenação em segunda instância](#)

22/05/2017 Bianca Oliveira Bonina

» [O desemprego e a flexibilização das normas trabalhistas](#)

22/05/2017 Mariane Fernandes

» [O direito de opção na transfusão de sangue](#)

22/05/2017 Aline Cristina Ribeiro

» [Direito Administrativo: abuso de poder do agente público](#)

22/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários às Hipóteses de Extinção da Concessão de Serviço Público](#)

22/05/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Do formalismo no Processo Civil](#)

MONOGRAFIA

24/05/2017 Carlos Yvanhoe Braga Moura

» [Estudo sobre a hipótese de constituição de cooperativa de trabalho para os profissionais do sexo como instrumento de inclusão social](#)

22/05/2017 Barbara de Farias Betemps da Silva

» [Terceirização: efeitos sociais e econômicos no Brasil](#)

LULA PODERÁ CANDIDATAR-SE A PRESIDÊNCIA? PODERÁ EXERCER SEU MANDATO CASO ELEITO? PEC POR DIRETAS JÁ?

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.

Questões que parecem sofrer de parcial carência cognitiva, pouco ou nada articuladas pelos estudiosos do direito, questões nebulosas, que atormentam o imaginário de boa parcela da sociedade, dos leigos aos profissionais do direito, e que por uma senda integrativa resolvemos enfrentá-las de maneira inteligível, antecipando-nos ao pronunciamento que se fará imperioso do Supremo Tribunal Federal, que de sorte nos trará a decisão final que regulará boa parte do complexo questionado no presente.

Um candidato a presidência da República, que seja réu em primeira instância, pode disputar pleito eleitoral e entrar em exercício caso eleito? E se restar condenado em 1ª instância? E para a hipótese de restar condenado também em 2ª instância? Alguma circunstância fática poderá torná-lo inelegível? Estas são algumas das perguntas que iremos responder tomando como exemplo a bradada candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva – vulgo Lula. Ao final trataremos do ruído de uma PEC prevendo eleições diretas ainda para 2017.

Importante notar, que utilizaremos do exemplo “Lula” que nos afigura a situação mais palatável de enfrentamento real, pois já é réu e parece estar em franca “campanha política”, mas por óbvio o exemplo não se esgota em “Lula” podendo ser ampliado para qualquer candidato à Presidência da República que guarde situação análoga por ocasião do pleito presidencial.

Legislação aplicável:

A LC 64/90, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências, modificada pela lei da Ficha Limpa, LC 135/2010.

Assim, o art. 2º da LC 135/2019 alterou o art. 1º da LC 64/90, e no ponto que nos interessa:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

1. Contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010);

(...)

6. De lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

10. Praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou

tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade.

Parágrafo único. A arguição de inelegibilidade será feita perante:

I - o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República;

(...).

Art. 86 da CF: 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.

Fundamentos e hermenêutica jurídica

Conforme a exposição legislativa pertinente que capitulamos, aplica-se a Lei da Ficha Limpa ao caso em tela. Por esta proibem-se candidaturas de quem já fora condenado por jurisdição em órgão colegiado – 2ª instância. Assim, no caso de Lula, o ex-presidente teria que ser condenado na 1ª instância, e referida condenação restar reafirmada em 2ª instância, nestes termos uma primeira decisão colegiada.

Nesta senda ser réu nos termos da nossa legislação não configura fato impeditivo para a candidatura. O impedimento exsurge com o fato jurídico condenação colegiada, em 2º grau de jurisdição.

Passando adiante, é verdade que um réu não pode ocupar a linha sucessória da Presidência da República? Sim, assim entendeu o Supremo Tribunal Federal. Seguindo este limiar hermenêutico seria conseqüencial imaginar que o candidato a Presidência que restasse eleito por não existir ainda uma condenação em órgão colegiado, em 2ª instância, estaria inobstante impedido de exercer o cargo, e portanto, restaria afastado da Presidência da República pelo fato de ser réu, já que se não pode ocupar a linha sucessória da Presidência, com maior razão não poderia exercer o cargo de Presidente da República.

Colacionamos o art. 86, parágrafo, 4º da Constituição, não à toa. A decisão do Supremo que proíbe o do exercício de cargo de quem esteja na linha sucessória da Presidência da República não se aplicaria justamente ao Presidente da República, justamente porque a Constituição determina que um Presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao mandato, na forma do art. [86](#), parágrafo 4º *supra*. Não falaríamos portanto em afastamento do presidente do cargo pelo fato de ser réu. Parece paradoxal, parece haver uma antinomia com o próprio sistema constitucional, porém é essa interpretação a que, pelo critério da especialidade, a que deve prevalecer.

A irrazoabilidade do sistema hermenêutico neste caso que ora abordamos não pára por aí. O mesmo parágrafo 4º ao proibir que o Presidente da República seja responsabilizado por atos estranhos ao exercício das suas funções faz com que processo em curso fique suspenso, paralisado, enquanto durar o seu mandato, até o momento da extinção do seu mandato.

No caminho da conclusão deste, assentamos que “Lula”, nos lindes do ordenamento posto, poderá sim ser candidato a Presidência da República mesmo sendo réu em diversos processo. Que ainda que condenado em 1ª instância não haverá impeditivo para sua candidatura, impeditivo que só apareceria em caso de condenação em 2ª instância antes do fato jurídico eleição de “Lula”. Ainda, caso eleito por ainda não

existir condenação em 2ª instância, os processos serão automaticamente suspensos até a extinção do seu mandato. Há uma completa blindagem da figura do Presidente da República por atos que sejam estranhos ao seu mandato em curso, há uma irresponsabilidade temporária – enquanto perdurar o mandato pelos atos ilícitos do passado, que advêm precipuamente do art. 86, parágrafo 4º em comento.

Conforme pudemos perceber, o parágrafo 4º do art. 86 da Constituição da República combinado com a Lei da Ficha Limpa, que exige minimamente uma condenação de 2ª instância – colegiada - permite que o maior cargo eletivo do país possa ser ocupado e exercido por quem seja réu (com denúncia proposta pelo MP e aceita pelo magistrado competente) ou mesmo condenado em 1ª instância (a partir de decisão jurisdicional já exauriente, embora passível de recurso – sem trânsito em julgado).

Assim, no caso “Lula”, cogitar-se-ia de três possibilidades que poderiam causar sua inelegibilidade ou o seu impedimento para o exercício da presidência:

1. Uma decisão condenatória em 2ª instância o impediria de concorrer a Presidência da República – a competência para os processos vindos de Curitiba é do TRF da 4ª Região, sem prazo para ser pautado costuma se alongar por uma média de 11 meses - improvável causa de inexigibilidade pela ausência de tempo hábil, quando conjecturamos com a possibilidade de conveniente pedido de vistas, o que atrasaria ainda mais o termo de um acórdão que promoveria a consequência da inelegibilidade para o pleito eleitoral de 2018.

2. A aprovação de uma emenda constitucional antes do pleito eleitoral de 2018, que modificasse o parágrafo 4º do art. 86 da Constituição Federal, que permitisse a continuidade do processo contra o Presidente da República (hoje a eleição acarreta a suspensão) e o afastamento de quem já fosse, por exemplo, condenado em 1ª instância, quando já há um juízo exauriente, do exercício da

Presidência da República. Esta hipótese poderia revelar-se casuística e inconstitucional caso utilizada já para as eleições de 2018.

3. Uma alteração na Lei da ficha Limpa, quando não se exigiria mais uma decisão colegiada, bastando, como no item supra, decisão condenatória em 1ª instância, e que já restasse aplicada ao pleito presidencial de 2018. Da mesma forma que a hipótese (2) quando ao casuísmo.

De lege ferenda, importante levarmos em conta que ocupar para ocupar cargos públicos, e com maior razão os cargos políticos Presidente da Câmara do Senado Federal, como o de Presidente da República indispensável deveria ser o critério da moralidade. Assim a comprovação de reputação ilibada como se infere como um dos requisitos para tornar-se ministro do Supremo Tribunal Federal.

A defesa de “Lula” trabalha corretamente no interesse do seu cliente e assim trabalhará até ultimadas as eleições de 2018. O foco é a maior morosidade possível nos processos onde “Lula” figure como réu para que não alcance seu desiderato final em 2ª instância, utilizando de todos os expedientes recursais, de requerimentos de dilações de prazos, de sucessivos pedidos de suspensão e anulação de seus processos. Princípios como o da celeridade processual e da efetividade do processo são inimagináveis para o bem da candidatura presidencial de Lula.

Não iremos adentrar nas possibilidades de renúncia, cassação ou impichamento do atual mandatário Michel Temer, assunto que já tratamos em nosso artigo pretérito. Porém todo o dito neste arrazoado se amolda perfeitamente em caso de término anômalo - a destempo - do mandato do Presidente em exercício. Conforme anunciado, porém, traremos nossas digressões com ares perfunctórios sobre as possibilidades de atendimento das vozes que gritam por “diretas já”.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo apresentam ideologias muito aproximadas que em boa parcela foram capturadas pela Constituição Federal de 1988. Enquanto o pós-positivismo impõe

uma necessária conexão entre o direito e a moral, o neoconstitucionalismo defende ser inviável qualquer tentativa de separação entre os valores éticos e o conteúdo jurídico. Quando percebemos que o nosso ordenamento ainda permite que os princípios morais restem destacados do direito em benefício do sistema posto de poder, saltam aos olhos a necessidade de avançarmos nos termos da Teoria Discursiva da Democracia Habermasiana, com a efetiva participação no procedimento em igualdade de direitos e oportunidades daqueles que serão afetados pelas decisões legislativas como garantia de cidadania e legitimidade.

Finalizamos deixando assente que é esta a hermenêutica que vislumbramos mais provável, mas que a questão dificilmente escapará da seara do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e precipuamente do Supremo Tribunal Federal (STF) conforme aduzido a início, pela sua complexidade, ocasião em que os Tribunais Maiores ofertarão a interpretação que julgarem a mais correta.

Emenda Constitucional prevendo eleições diretas já para 2017?

Temática de certa forma relacionada ao assunto até o momento tratado, mas que recusamo-nos peremptoriamente a flertar cm a ideia, refere-se à hipótese de eleições diretas para o caso do mandato de Temer sofrer solução de continuidade. Não poderíamos flertar com ideários oportunistas, com casuísmos, com o desrespeito a normatividade e estabilidade da Constituição, conforme aduziremos.

Uma emenda constitucional que pretendesse alterar o artigo constitucional que prevê eleições indiretas para os últimos dois anos de mandato presidencial descontinuado representaria indelével casuísmo para resolver interesses de agora, caso utilizado neste momento de crise, de anormalidade, o que denotaria uma ruptura constitucional certamente intolerável. Assim a PEC, caso aprovada, não poderia valer para o próximo pleito, assim a PEC que quer alterar o artigo 81, parágrafo 1º da CRFB para prever eleições indiretas só para o caso de vacância no

cargo presidencial no último ano do mandato revelar-se-ia inconstitucional.

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

§ 2º - Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.

Indo além, o procedimento para a aprovação de uma PEC demanda um período de pelo menos seis meses para cumprimentos dos seus requisitos constitucionais de aprovação, quando os gastos com uma eleição direta para o cumprimento de apenas um ano revelar-se-ia desproporcional. E em que lapso temporal dar-se-ia o período de campanhas eleitorais para eleições diretas?

Desta feita, além da sua inconstitucional aplicação episódica para o caso em tela, esta emenda teria que ser aprovada em tempo recorde ainda neste ano de 2017, sem as necessárias deliberações e participações dialógicas populares neste debate político-constitucional que se revelaria a toque de caixa, e mesmo assim na cumprir-se-ia o período destinado às campanhas eleitorais para que as propostas restassem conhecidas.

E como ignorarmos artigo que o STF entende como cláusula pétrea, que trata do princípio da anualidade eleitoral, que segundo o próprio STF aplica-se também às emendas constitucionais?

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não

se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Absolutamente inviável portanto a proposta para este momento, nos revelando mais uma manifestação de oportunistas “palanqueiros” arrebatadores de platéia que trabalham na desconstrução da melhor compreensão de leigos e desavisados.

Há uma PEC, PEC 227/2016, que até o momento do encerramento das razões do presente artigo encontra-se em seus passos iniciais procurando a aprovação pela CCJ – Comissão de [Constituição](#) e Justiça e de Cidadania - da Câmara dos Deputados.

Não poderíamos deixar de lembrar, que a democracia permite ao povo que participe de nosso processo político em grau razoável, ainda que não em qualidade ideal, mas suficiente para alterarmos histórias, e que nosso Estado Democrático de Direito nos atribui esta responsabilidade maior. Por fim lembramos que a nossa Constituição não pode ser vitimada por maiorias oportunistas de momento, e que só se mostrará efetiva se respeitada sem ludíbrios.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

ANA PAULA COELHO DOURADO FIGUEIREDO: Bacharelanda do Curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP. Estagiária do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

THALITA TOFFOLIPÁEZ^[1] (Orientadora)

RESUMO: O presente artigo sugere uma reflexão sobre um dos temas mais controvertidos na atualidade do direito de família brasileiro, que é a possibilidade de responsabilização civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos menores, tendo em vista as consequências devastadoras que poderão advir na vida destas crianças e adolescentes.

Esclarece-se que este trabalho foi baseado em estudos bibliográficos e jurisprudenciais, sendo estruturado em três grandes tópicos, que se inicia com considerações relativas ao poder familiar, passando o segundo tópico pelo exame do abandono afetivo parental, e por fim realiza-se um estudo acerca da responsabilidade civil, bem como sua aplicação nos casos de abandono afetivo.

Palavras-chave: responsabilidade civil, abandono afetivo, família

ABSTRACT: This article suggests a reflection on one of the most controversial issues currently of Brazilian family law is the possibility of civil liability of parents in cases of emotional abandonment of minor children, in view of the devastating consequences that can arise in the lives of these children and adolescents.

Clarifies that this work was based on bibliographic studies and jurisprudence, being structured in three major topics, which begins with considerations relating to family power, passing the second topic by examining parental and affective abandonment finally a study on civil liability, as well as your application in cases of abandonment.

Keywords: civil liability, affective, family abandonment

INTRODUÇÃO

O Direito de Família passou por grandes transformações ao longo dos anos, tendo como principal marco o advento da Constituição Federal de 1988, que constitucionalizou as relações familiares e priorizou a afetividade dentro do núcleo familiar, individualizando e valorizando os interesses de cada membro, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor.

Nota-se que nos últimos anos, uma enorme quantidade de ações foram ajuizadas no Judiciário Brasileiro, por filhos que foram abandonados afetivamente por algum de seus genitores, pleiteando indenizações por danos morais, em razão da conduta omissiva destes pais no cumprimento do poder familiar, sendo indispensável a abordagem do tema, tendo em vista que comprovação do abandono traz diversas consequências negativas na formação da personalidade e desenvolvimento das crianças e adolescentes, que ensejam repercussões devastadoras na idade adulta.

Trata-se de assunto muito controverso e que gera grandes discussões entre a doutrina e jurisprudência, mas que precisa ser debatido e apreciado pelo Poder Judiciário, até porque a falta de assistência moral por parte de genitores, interfere na formação de adultos socialmente e psicologicamente saudáveis, devendo os pais em razão da negligência quanto aos deveres inerentes do poder familiar, serem responsabilizados civilmente pelas faltas e danos cometidos.

Ademais, a obrigação dos pais para os filhos, não se resume apenas a assistência material, mas sim na convivência diária, fazendo-se presente para orientar e educar para a vida e a sociedade.

Deste modo, diante da existência dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil e o reconhecimento de forma inequívoca da repercussão psíquica na criança ou adolescente, verifica-se uma tendência no judiciário para deferimento de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, tendo como divisor de águas o julgamento do Recurso Especial nº. 1.159.242 de 2012, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi.

1. PODER FAMILIAR - CONSIDERAÇÕES

A família desempenha papel primordial na formação dos seres humanos, independentemente de sua configuração, pois possibilita a cada indivíduo constituir-se como sujeito único dentro de um núcleo pré-estabelecido, de modo a incorporar valores éticos, afetivos e culturais, a fim de formar uma unidade de amor, solidariedade, amizade, companheirismo e respeito, sendo que eventual ruptura desses vínculos, ensejam consequências negativas a todos envolvidos, merecendo portanto, especial proteção do Estado.

Com a evolução da sociedade e consequente modificação das relações familiares, a Constituição Federal de 1988 por meio dos artigos 226 e 227, visando atribuir maior proteção a família que é base estrutural da sociedade e consagrar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, bem como consolidar a instituição política estatal, modificou a ideia de filiação e consignou o reconhecimento de outros modelos familiares que não fossem aqueles tradicionalmente estabelecidos, como é o caso das famílias monoparentais, anaparentais e homoafetivas, assim como os modelos familiares existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, denominados de família natural, família ampliada e família substituta, não sendo possível segundo Gagliano e Filho (2014, p.1) “apresentar um conceito único e absoluto de família apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”, tendo em vista o surgimento ao longo da história de um extenso leque de núcleos afetivos. **DIVIDE ESSE PARÁGRAFOI POIS ESTÁ MUITO LONGO**

As alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir principalmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente a guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para

suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente de contribuir, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos (Gonçalves, 2009, p.19).

O exercício do poder familiar consistente na manifestação de direitos e deveres dos pais em relação aos bens e aos filhos menores e incapazes, tem o dever educá-los e dirigi-los para a vida e a sociedade, de forma a oferecer as melhores condições para sua formação e educação, atendendo sobretudo, os interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, sendo que eventual convenção entre os pais de abdicar o poder familiar não possui qualquer validade, pois trata-se de poder inalienável, irrenunciável e indelegável.

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, tampouco do genitor destituído da guarda física dos filhos, sendo apenas mitigada em razão da titularidade da guarda, tendo em vista que o ascendente guardião exercerá os poderes gerais e imediatos individualmente, e as situações mais complexas serão decididas entre os genitores com bom relacionamento sempre que for possível. No entanto, verifica-se com frequência que muitos pais se utilizam dos filhos como instrumento de vingança e de chantagem após a ruptura do relacionamento para atingir o outro genitor, ocasionando abalos psíquicos e prejudicando o desenvolvimento da criança.

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o dever dos pais de assistir, criar, e educar os filhos menores, corroborado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz a incumbência dos pais do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, sendo que tais obrigações visam a promoção do sadio crescimento da prole, a fim de assegurar direitos inerentes a vida, dignidade, respeito, liberdade, alimentação, educação, esporte, lazer, cultura e convivência familiar e comunitária.

O dever de sustento dos pais em relação aos filhos transforma-se com a maioridade em obrigação alimentar, possuindo origem distinta da obrigação de sustento, uma vez que o dever de alimentar existe ilimitada solidariedade entre pais e filhos, como forma de assegurar o constitucional direito a vida.

É dever dos pais ter os filhos sob sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigilância, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobre modo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar os filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente, elegendo consecutivamente aquilo que resultar mais conveniente para a prole (Madaleno, 2013, p.681).

E ademais, o fato dos pais estarem separados não exime o ascendente que não possui a guarda de colaborar efetivamente para a concretização do princípio do melhor interesse no menor, pois permanece com o poder de comunicação e supervisão de seus descendentes, devendo exercer ativamente as obrigações inerentes a vida afetiva, sentimental e moral dos filhos, sendo que a eventual inobservância desses deveres, ensejam consequências irreparáveis e devastadoras na vida funcional desses menores.

2. ABANDONO AFETIVO PARENTAL

O abandono afetivo se caracteriza pela indiferença, omissão, negligência, ausência de amor e de assistência da obrigação constitucional de cuidar, bem como pela privação do direito à comunhão familiar e dignidade da pessoa humana, que se dá em razão da ruptura da relação conjugal, normalmente pelo genitor não guardião ou decorrente da falta de convívio originada de relacionamentos extraconjugais ou violência entre os indivíduos inseridos no núcleo familiar, causando diversos desdobramentos negativos na formação da personalidade da criança ou do adolescente.

A família é a estrutura fundamental que molda o desenvolvimento psíquico da criança, uma vez que é, por excelência, o primeiro local de troca emocional e de elaboração dos complexos emocionais, que se refletem no desenvolvimento histórico das sociedades e nos fatores organizativos do desenvolvimento psicossocial (Fraga, 2005, p.50).

O abandono afetivo decorrente da falta de amor, cuidado e carinho, acontece de forma corriqueira no cotidiano das famílias brasileiras, fazendo com que a criança abandonada experimente pensamentos conscientes e inconscientes de rejeição, acreditando que foi denegada por não ser boa o bastante, ou por ter feito algo errado, e resultando em danos psicológicos de grandes proporções que carregará para toda vida.

Sob essa perspectiva, a Constituição Federal assegura aos filhos assistência moral, material e sobretudo afetiva, cabendo ao pais não se limitem apenas aos aspectos materiais.

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta (Pereira e Silva, 2006).

O abandono afetivo é muito mais devastador que o abandono material, pois a necessidade financeira pode ser absorvida por terceiros, mas a falta de carinho e afeto dos pais, jamais poderá ser preenchida por qualquer pessoa, deixando marcas permanentes e profundas nestas crianças e adolescentes, provocado ainda, incalculáveis danos, pois muitas vezes estes menores experimentam o abandono físico e moral durante o próprio período de coabitação com os pais, e não apenas quando os relacionamentos terminam. Ademais, nos dias nos dias atuais, torna-se cada vez mais comum, genitores delegarem funções familiares a terceiros, deixando de cumprir seu dever parental de presença moral para com os filhos.

Evidente que no ordenamento jurídico brasileiro não existe qualquer norma expressa que obrigue os pais a amarem seus filhos, mas há o dever jurídico de assistir, criar e educar os filhos menores, sendo que a negativa injustificada desses deveres familiares, ocasionam diversas sequelas psicológicas passíveis de responsabilização civil.

Em razão de atos contrários ao ordenamento jurídico decorrente da proteção constitucional familiar e do princípio da dignidade da pessoa humana, sempre que verificada a violação de direitos, manifesta-se a necessidade de interferência do Estado afim de assegurar a aplicação das normas, sobretudo relativas as crianças e adolescentes e que merecem especial proteção estatal.

No entanto, cabe ponderar que para ensejar a obrigação de indenizar, deve-se demonstrar a efetiva existência de dano e culpa do agente, pois o abandono por si só, não justifica o pagamento de indenização por danos morais.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO AFETIVO

O dano decorrente do abandono afetivo por se tratar de uma das modalidades de dano moral, deve ser analisado em conjunto com o instituto da responsabilidade civil, que segundo Gagliano e Filho (2012, p.54) “deriva da agressão a um interesse jurídico eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”. Deste conceito, é possível extrair que a responsabilidade civil é composta por três elementos, quais sejam, conduta humana (positiva ou negativa), dano e nexa causal, surgindo assim o dever de indenizar.

A responsabilidade civil é classificada em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva, sendo que na primeira hipótese, nos termos do art. 186 do Código Civil ocorrerá responsabilidade civil subjetiva sempre que: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, sendo do autor o ônus de demonstrar a culpa do réu, pois trata-se de fato constitutivo de seu direito. No segundo caso, para caracterização da responsabilidade objetiva, é

irrelevante a existência de dolo ou culpa do agente, sendo necessário apenas estabelecer nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano sofrido.

As principais funções da reparação civil consistem em compensar a vítima do dano experimentado, punir o ofensor, bem como desmotivar socialmente a prática da conduta lesiva. Nesse sentido:

O ofensor receberá a sanção consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos da pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção do dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu noturno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar (Gagliano e Filho 2012, p. 67, *apud* Reis 2000, p.78-79).

Importante indagação surge quanto a possibilidade de procedência da reparação civil relativa ao abandono afetivo e a forma de se estabelecer um quantum pecuniário indenizatório para compensação dessa ausência de afeto, assim como a limitação entre o dano afetivo efetivamente sofrido e a mera obtenção de vantagens, tendo em vista uma tênue linha que separa as duas situações.

Nesse sentido Hironaka (2006):

O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho,

pelo fato desde abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.

Nos últimos anos, surgiram diversas decisões no Judiciário Brasileiro, admitindo o arbitramento de indenização por danos morais decorrente das relações familiares, e principalmente no que se refere ao abandono afetivo, que resultou grandes divergências e discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não da reparação civil, quando houver omissão dos pais em assumir os deveres inerentes a proteção e cuidados dos filhos.

Segundo o entendimento daqueles que admitem a possibilidade de reparação civil em razão do abandono afetivo, as relações familiares devem ser pautadas no desenvolvimento ético, solidário e afetivo, tendo a afetividade como principal pilar de existência e de dignidade das entidades familiares e deste modo, a responsabilidade parental deve sempre buscar o efetivo desenvolvimento da personalidade e da formação do ser humano, prestando assistência afetiva, moral e psíquica na busca do melhor interesse da criança e do adolescente, não sendo possível limitar-se apenas à presença física dos genitores.

De outro norte, aqueles que defendem a inviabilidade desta modalidade de reparação civil, sustentam a impossibilidade de aferição do elemento culpa, não existindo assim possibilidade de fixação do quantum indenizatório.

Vale destacar o Recurso Especial nº. 1.159.242 do Superior Tribunal de Justiça, que foi o importante marco para as decisões favoráveis acerca da possibilidade de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa

expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de

voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

O caso em tela, trata de ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada pela filha em face do pai, em razão de abandono afetivo sofrido durante a infância e adolescência, que restou julgada improcedente pelo Juízo de 1ª Instância, e após interposição de recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, foi dado parcial provimento ao recurso interposto pela filha, ensejando na condenando do genitor ao pagamento de R\$ 415.000,00. Inconformado, interpôs recurso especial, chegando ao Superior Tribunal de Justiça.

E com efeito, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi abordou o tema sob diversos aspectos.

De início afirmou que não existe qualquer restrição legal acerca da aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, pois a perda do poder familiar, não obsta o eventual dever de indenizar/compensar uma vez que o principal objetivo é proteger a integridade física do menor, sendo obrigação dos pais, as responsabilidades de suas ações e escolha, assim como a criação da prole e o provimento de alimentos, tendo em vista que o cuidado é indispensável para formação do menor, não se tratando de valoração jurídica do amor paterno, mas da inobservância da obrigação legal.

Desta ideia, surgiu a icônica frase da Ministra Nancy Andrichi, que dispõe: “amar é faculdade, cuidar é dever”, no entanto pondera, que para configuração da prática ilícita, faz-se indispensável a comprovação do dolo ou culpa, satisfazendo-se pela apresentação de laudo técnico como forma de demonstrar a patologia psicológica e o nexo de causalidade entre a doença apresentada e o

abandono afetivo, sendo necessária a avaliação do julgador conforme o caso concreto.

Contudo, analisando recentes julgados dos tribunais superiores, nota-se uma certa tendência pela improcedência dos pedidos, em razão da dificuldade se provar de forma inequívoca os danos sofridos pelos filhos ou o nexo de causalidade entre a patologia alegada e o propalado abandono afetivo.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL IMPROCEDENTE. ABANDONO AFETIVO NÃO CONFIGURADO. MANUTENAÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Recurso de apelação interposto em face da sentença que julgou improcedente o pedido de reparação por dano moral formulado pela apelante contra seu pai, com fundamento em abandono afetivo. Pretensão recursal direcionada à reforma do julgado para o reconhecimento do dano moral, que não poderá ser acolhida. De fato, ainda que se reconheça que o abandono afetivo possua aptidão para gerar reparação por dano moral, em decorrência não propriamente da falta de afeto, mas do objetivo cuidado que os pais devem aos filhos, inquestionável se apresenta a demonstração inequívoca do dano daí derivado e do nexo causal, sem que o que nada há a compensar. No caso sub examen, o conjunto probante colacionado ao processo, amparado principalmente no laudo pericial elaborado em segundo grau de jurisdição, evidenciou que não houve efetivamente o alegado abandono por parte do genitor e que não se mostrava genuína a causa de pedir da apelante, tendo em vista a inexistência de sofrimento por decorrência da ausência do vínculo emocional com o pai biológico, mas, sim, inconformismo em não receber mais as prestações alimentícias, uma vez que já completou os vinte e quatro anos de idade. Configuração da conduta ilícita de

abandono afetivo para o fim de condenar o genitor à reparação por dano moral que impescinde da presença de alguns elementos no caso concreto diante de sua excepcionalidade, tais como a negativa insistente e deliberada de aceitação do filho cumulada com o desprezo com relação à sua pessoa, sobretudo como forma de impedir a banalização do instituto e conferir real importância ao impacto negativo que pode advir ao próprio filho provocado pelo descaso afetivo, o que não se verificou, na espécie, como muito bem observado pelo magistrado sentenciante. Leitura da petição inicial que evidencia o descontentamento da apelante com as questões patrimoniais, uma vez que citou, inúmeras vezes, a necessidade de ingressar com demandas executivas e o temor suportado nas vezes em que o genitor requereu a exoneração da obrigação alimentar, de modo que, momento algum, narrou situação de desamparo emocional suportado em razão da ausência do pai biológico ou eventuais danos psicológicos sofridos pela falta do convívio, o que somente corrobora a conclusão a que chegou o laudo pericial. Sentença que, portanto, solucionou adequadamente a demanda e deve ser mantida. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ-RJ - APL: 03648546820138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 13 VARA DE FAMILIA, Relator: ALCIDES DA FONSECA NETO, Data de Julgamento: 05/04/2017, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/04/2017)

Por fim, importante destacar, que o prazo prescricional para ajuizamento da ação de indenização por danos morais/materiais decorrente do abandono afetivo é de três anos (art. 206, parágrafo 3, inciso V do Código Civil), começando a fluir a partir da maioria civil do interessado.

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PATERNIDADE CONFIRMADA PELO LAUDO DO EXAME PERICIAL DE DNA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO ANTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL INICIADO COM A AQUISIÇÃO DA MAIORIDADE PELO AUTOR. PRETENSÃO EXTINTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO. PRECEDENTES DO STJ. DISPENSABILIDADE DE PRÉVIO REGISTRO CIVIL OU DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO. NATUREZA DECLARATÓRIA DA SENTENÇA PROLATADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA DO AUTOR DESDE A INFÂNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL INICIADO COM A AQUISIÇÃO DA MAIORIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 206, § 3.º, V, C/C ART. 2.028, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. PRETENSÃO EXTINTA. SEGUIMENTO NEGADO. 1. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral. Precedentes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2. A ausência do nome do pai ou da mãe no registro de nascimento do autor ou a ausência de prévio reconhecimento judicial da paternidade não constitui óbice ao reconhecimento do abandono afetivo, notadamente diante da natureza declaratória (TJPB -

ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº
00288066720138150011, - Não possui -, Relator DES
ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j.
em 18-01-2016)

(TJ-PB - APL: 00288066720138150011 0028806-
67.2013.815.0011, Relator: DES ROMERO
MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, Data de
Julgamento: 18/01/2016, 4A CIVEL)

CONCLUSÃO

Ao longo da história, a família brasileira passou por diversas modificações, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que estendeu ao Direito de Família os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade entre as pessoas, surgindo assim novas formas de constituição familiar, como é o caso das famílias monoparentais, anaparentais e homoafetivas, bem como aquelas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, denominados de família natural, família ampliada e família substituta, e conferindo deste modo maior proteção do Estado.

Com o surgimento dessas novas formas de entidades familiares, tornou-se cada vez mais comum as controvérsias acerca da possibilidade da reparação civil no cerce das relações familiares, tendo em vista que a constitucionalização do Direito de Família, possibilitou a responsabilização pelos atos ilícitos praticados, ensejadores do pagamento de indenização por danos morais, principalmente para aqueles atos relacionados com abandono afetivo.

Conforme demonstrado, o poder familiar é dever dos pais, devendo ser prestado com zelo, cuidado e convivência diária, na busca do melhor interesse da criança e adolescente, não sendo possível desonerar-se desta obrigação uma vez que a omissão do seu exercício configura ato ilícito, além do descumprimento da norma constitucional de cuidar, pois acarreta danos de ordem psicológica com repercussões extremamente negativas no desenvolvimento do menor.

Analisando os recentes julgados, nota-se que a responsabilidade civil em razão do abandono afetivo não está relacionada à falta de amor,

mas sim com a falta de cuidado inerente do poder familiar como se verifica no Resp. nº. 1.159.242 de 2012 proferido pelo STJ, razão pela qual a simples assistência material, não isenta os pais da responsabilidade, tendo em vista que é a falta de assistência moral, a principal causa de configuração do abandono afetivo.

Destaca-se que menosprezo e o desamor por parte dos genitores, provocam sofrimentos demasiados nestas crianças e adolescentes, ensejando repercussões devastadoras na sua formação e desta forma, verificando os pressupostos da responsabilidade civil, com a fundada demonstração do dano psíquico, busca-se na justiça a reparação pelo dano sofrido, que conquanto não seja possível expungir o sofrimento sofrido, poderá ao menos trazer maior conforto a estes filhos, além efetivo caráter educativo da medida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. LEI Nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990.

FRAGA, Thelma. A guarda e o direito de visitação sob prisma do afeto. Niterói: Editora Impetus, 2005.

GAGLIANO, P.S.; FILHO, R. P. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C.R. Direito Civil Brasileiro. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, G. M. F. N. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível

em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf. > Acesso em: 14 de maio de 2017.

MADALENO, R. Curso de Direito de Família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, R. C.; SILVA, C. M. Nem só de pão vive o homem. Disponível em: www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2017.

NOTAS:

[1] Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Uniletoledo/Araçatuba (2013). Especialização em Direito Civil, na Anhanguera/Uniderp. Mestrado Profissional em Ciências Ambientais, na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP (2016). Aluna Regular do Programa de Cursos para Doutorado na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório Páez & Bertolo. Professora Universitária na Universidade Brasil, Câmpus Fernandópolis-SP.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR:

Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central o estudo do instituto do ativismo judicial, através da análise de seu conceito, momento de formação, teses principais em defesa e contrárias ao instituto, bem como posicionar-se criticamente quanto à matéria, em especial acerca dos reflexos de sua utilização na sociedade e no ordenamento jurídico. Objetiva-se traçar parâmetros objetivos acerca do instituto, em especial sua evolução histórica, contraponto as diferentes teses de surgimento e sopesando como estes diferentes panoramas influenciaram no atual desenvolvimento do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Abordam-se as principais teses defensivas e contrárias, em especial acerca da teoria da separação dos poderes, o neoconstitucionalismo e a figura da *autopoiesis*. Finaliza-se o presente trabalho posicionando-se criticamente quanto ao ativismo judicial, verificando quais os seus reflexos no ordenamento jurídico e expondo opinião crítica sobre a constitucionalidade desta atuação proativa do Judiciário no comando das políticas públicas

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Neoconstitucionalismo. Separação dos Poderes. Fazenda Pública.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Da análise propedêutica dos institutos 2.1 Da revisão da teoria da separação dos poderes 2.2 Os limites da atuação do Judiciário: da *autopoiesis* de Luhmann ao neoconstitucionalismo 2.3 Da origem do ativismo judicial, de sua definição e de sua aplicabilidade 2.4 A Constituição simbólica e o fenômeno da anormalidade constitucional (ADPF 347) 3 Divergências doutrinárias sobre o ativismo judicial 3.1 O ativismo judicial como desestabilizador do Estado Democrático de Direito 3.2 A última salvaguarda do Estado Democrático de Direito: o ativismo judicial 4 Considerações Finais 5 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial pode ser encarado como uma das temáticas mais controversas do atual estágio de evolução do direito. Este instituto, conforme será detalhadamente analisado, parte do pressuposto de uma omissão ou ação estatal que imponha ao ordenamento jurídico uma carga negativa tamanha que a solução a ser prestada é atuação dos magistrados na criação de direitos não necessariamente previstos no ordenamento jurídico.

Questiona-se se esta atuação direta por parte do Judiciário, além de violar a clássica separação dos poderes, não teria o condão de criar uma verdadeira “oligarquia intelectual” em que políticas públicas, em última instância, seriam pautadas no comando de magistrados, desobedecidos, no mais das vezes, princípios fundamentais como a impessoalidade e segurança jurídica, tendo em vista que a criação de tais normas dependeria, prioritariamente, do subjetivismo de cada magistrado.

Ressalta-se que há grande embate, em especial, sobre esta atuação de “supervisora máxima” das políticas públicas quando se contrapõe às prerrogativas da Fazenda Pública, tanto no campo constitucional (como o erário a ser protegido através de leis orçamentárias; a representatividade do Chefe do Executivo e membros do Legislativo; a supremacia, implícita no texto da Carta Magna, da supremacia do interesse público sobre o particular), como na seara legal (prerrogativas processuais dos entes públicos; disposições específicas quanto os poderes da Administração – hierárquico, de polícia, entre outros).

Várias são as críticas e as teses defensivas do instituto, todas minuciosamente explanadas no decorrer do presente trabalho. Aborda-se, inicialmente, sobre a estrutura “Orgânica do Estado”, destacando as funções típicas e atípicas, e explicando acerca do que se convencionou nomear de *checks and balances*, que se refere as influências recíprocas que as funções estatais exercem entre si, através do desempenho atípico de funções primárias.

Dá-se especial ênfase a atuação do Judiciário, repassando doutrinas clássicas e vanguardistas, a respeito da forma como exerce a jurisdição e a pacificação social, indagando-se acerca dessa nova roupagem de “legislador positivo” em casos concretos. Relaciona-se conceitos da *autopoiesis*, de Niklas Luhmann, com o atual estágio de evolução do direito, bem como a forma como o

Estado Democrático de Direito incorporou o *neoconstitucionalismo* na atuação de seus magistrados.

A principal crítica proferida contra o ativismo judicial é a de que se retira o comando de representantes eleitos pelo real titular do poder (povo) para entregá-lo a uma pequena classe, aprovada pelo método de concurso público, mas não sujeito à votação popular, que, além de depender da avaliação subjetiva e de não ter “representatividade adequada”, retira dos poderes legítimos (Executivo e Legislativo) o comando da administração pública, criando verdadeira “ditadura do Judiciário”. Todos estes pontos, em especial esta crítica, são sopesados a luz do ordenamento positivo e da visão da doutrina e da jurisprudência sobre esta interessantíssima matéria.

Finaliza-se o trabalho com a avaliação acerca principais críticas e teses de defesas do ativismo judicial, posicionando-se criticamente sobre o instituto e abordando a premissa dos efeitos sociais que sua (não) atuação desencadeia não só na realidade fática, mas também na própria visão de ordenamento jurídico.

2 DA ANÁLISE PROPEDÊUTICA DOS INSTITUTOS

O presente trabalho tem como escopo traçar parâmetros de estudos acerca do fenômeno conhecido como “ativismo judicial”, destacando, em princípio, suas características básicas, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, e focando nos reflexos que tal comportamento dos magistrados podem interferir no orçamento público e, até mesmo, na independência e harmonia entre os “poderes” estatais.

2.1 Da revisão da teoria da separação dos poderes

Ab initio, destaca-se que a mal fadada terminologia “poderes” estatais, conforme melhor doutrina, encontra-se incorreta, tendo em vista que o poder de um Estado é uno e indivisível e, no caso da República Federativa do Brasil, é de titularidade do povo. O que ocorre, em verdade, é uma compatibilização de atribuições típicas principais de um Estado, ou seja, para que um determinado ente possa gerir de forma eficiente e imparcial é necessário dividir as funções essenciais do ente permitindo que, dentro de seu microssistema estabelecido constitucionalmente, haja preservação das garantias e direitos dos cidadãos e até mesmo dos estrangeiros domiciliados ou transeuntes. Conforme ressaltado todo o

poder emana do povo no Estado brasileiro, não obstante diferentes titulares na legislação extraterritorial, o qual o exerce através do voto secreto, periódico e universal. Este instrumento jurídico é o que permite que a decisão da maioria prevalece sobre a coletividade quanto ao comando de políticas públicas (ressalta-se o caráter antimajoritário do Judiciário nesta seara de proteção do direito das minorias, assunto que será explanado com mais detalhes adiante no presente estudo), legitimando que determinados indivíduos ocupam as funções administrativas e legislativas no comando da nação.

São atividades tidas como essenciais para o Estado brasileiro, atuando de forma independente e harmônica, conforme impõe o art. 2.º da Constituição Federal: *i)* a administração, compreendida tanto a elaboração (dentro das iniciativas e prerrogativas inerentes ao processo legislativo) quanto execução, de políticas públicas a cargo do Executivo; *ii)* representação do povo com a finalidade de instituir leis, de alcance geral e abstrato, que restringem ou ampliam direitos e obrigações, cujo detentor é o Legislativo; *iii)* e a pacificação social, de forma definitiva e perpétua, sob a incumbência do Judiciário.

Deste organograma constitucional, taxado pela doutrina como “Estrutura Orgânica do Estado”, infere-se que o constituinte originário elencou como essencial o princípio da representatividade para tornar legítimo o comando da Administração Pública e do controle da sociedade através de comandos gerais e abstratos (lei). Porém, ainda que não exista a representatividade nos membros do Poder Judiciário, tendo em vista que a posse ao cargo de magistrado ocorre através de concurso público, diferentemente do processo eleitoral por que passa o Chefe do Executivo e os integrantes do Legislativo, há espaço de atuação no que tange à: *i)* verificação se os atos administrativos emanados por todos os “Poderes” encontram-se dentro dos parâmetros previstos em lei (doutrina clássica); *ii)* compatibilização de atos normativos com o disposto na Carta Magna, dando especial ênfase não somente às normas, mas também aos princípios, implícitos e explícitos, bem como ao que se denomina bloco de constitucionalidade (normas materialmente constitucional que não se encontram dentro do texto constitucional – toma-se como exemplo o disposto no art. 5.º, §3.º, da Constituição Federal, que autoriza que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em

quórum qualificado pela Câmara e pelo Senado, são equivalentes à emenda constitucional); *iii*) própria elaboração de políticas públicas, através do que se denomina ativismo judicial, objeto do presente trabalho.

2.2 Os limites da atuação do Judiciário: da *autopoiesis* de Luhmann ao neoconstitucionalismo

Doutrina clássica se posiciona no sentido de que a jurisdição deve ser exercida tendo como substrato apenas o direito positivado, havendo verdadeira ojeriza ao fato do magistrado inovar no ordenamento jurídico uma vez existente um ato normativo (pode-se exemplificar um desdobramento desta ideologia a doutrina do interpretativismo, de origem estadunidense, em que a Constituição – e conseqüentemente as leis – deve ser analisada conforme seus estritos termos, respeitando-se a vontade exteriorizada pelo legislador, não cabendo ao magistrado inovar no tocante a esta seara).

Referida doutrina posiciona-se no sentido de que o comando político da nação (seja no aspecto administrativo ou legislativo) caberia única e exclusivamente aos detentores de “representatividade”, haja vista que a estipulação de diretrizes e execução de políticas públicas somente poderiam ser tomadas por aqueles que, através de voto, fossem legitimados efetivos do povo (real titular do poder), sob pena de se delegar os rumos da nação ao que alguns autores denominam de “oligarquia intelectual”. Em síntese, para esta corrente doutrina o magistrado estaria adstrito à lei devendo, no caso concreto, afastar-se de princípios regentes naquela sociedade em detrimento do direito positivado. Trata-se da clássica “entre a justiça e o direito, escolha o direito”, tendo em vista que princípios como segurança jurídica e impessoalidade não permitiriam que situações juridicamente idênticas fossem resolvidas de forma diferente, não se permitindo ao magistrado inovar no ordenamento jurídico na existência de uma legislação positivada pelos reais representantes do povo.

É necessário ressaltar, desde este momento inicial, que considerar em absoluto a doutrina clássica é desconsiderar dois pressupostos essenciais do direito, como ramo, e da estrutura adotada no ordenamento jurídico brasileiro:

1) O direito não é um sistema autopoietico (do grego “auto” próprio, “poiesis” criação). *Autopoiesis* é um termo oriundo de estudos biológico,

formulado na década de 1970 por Francisco Varela e Humberto Maturana, ambos chilenos, correspondendo a noção de que as células são estruturas autocriadas, ou seja, que surge e se desenvolve dentro de um organismo, sem influência externa na sua criação e desenvolvimento. Porém, é com Niklas Luhmann, em sua Teoria dos Sistemas, que se amplia a ideologia a todos os sistemas, em especial os sociais e os psíquicos, em que estes próprios criam seus elementos, distinguindo-se dos demais por uma unidade e especificidade que não sofre influências externas na sua elaboração. Trata-se, portanto, de um sistema que se fecha em si e possui como prerrogativa a auto reprodução de seus elementos e ideologias. Utilizando das elucidativas palavras de LUHMANN (2007, pág. 44):

Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos. Os elementos sobre os que se alcançam os sistemas autopoieticos (que vistos sob a perspectiva do tempo não são mais que operações) não têm existência independente (...). Os elementos são informações, são diferenças que no sistema fazem uma diferença. Neste sentido são unidades de uso para produzir novas unidades de uso – para o qual não existe nenhuma correspondência no entorno.

Se assim o fosse, um sistema que se analisa dentro das próprias regras, desvinculado da realidade social, abre-se margem para a efetiva violação de cânones básicos muito superiores a qualquer regra positivada: a isonomia material. Aceitar o entendimento supramencionado é desconsiderar o próprio caráter antimajoritário ao qual o Judiciário encontra-se vinculado. Não se pode olvidar a máxima que “toda unanimidade é cega”, cabendo, portanto, ao Judiciário, dentro da análise do direito positivado, mas também com base na interpretação teleológico da norma, buscar aferir o real significado da norma à luz do caso concreto. Não se trata de atribuir ao Judiciário a qualidade de “salvador” ou “justiceiro”, mas sim ressaltar sua qualidade de legítima função instituída pelo texto constitucional, com inúmeras prerrogativas do poder constituinte

originário, inclusive e em especial, o de interpretar os atos normativos baseado nas regras e nos princípios constitucionais;

ii) O estudo do tópico anterior, a respeito da *autopoiesis*, é hábil a comprovar que a partir do momento que se analisa o direito como um sistema fechado, auto reprodutivo, e desassociado da realidade social, abre-se margem para verdadeiras atrocidades praticas pelas “maiorias legítimas”, verdades atrocidades na realidade. Importante destacar que a origem do neoconstitucionalismo, sinteticamente definida como uma interpretação do sistema jurídico positivo através de seus princípios, atribuindo, em determinados casos um desvalor da conduta muito maior na violação deste quanto às regras jurídicas, surge em um período histórico ímpar sob o ponto de visto da sociologia: o final da segunda guerra mundial.

Interessantes as palavras de BARROSO (pág 3), no sentido de verificar a onda renovatória promovida após a Segunda Guerra Mundial no direito positivado mundial:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2.^a Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano- germânica. A segunda referência de

destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

O nazismo, ideologia política que se alçou no comando das política pública alemã através da majoritária aprovação popular, impregnou-se e se desenvolveu na mais pura e estrita legalidade, com a devida legitimidade. Desconsiderando interpretações históricas sobre a origem do sistema, tema que não cabe ao presente estudo, pode-se afirmar que a Alemanha, Estado soberano dentro de seu território e sob sua população, não violou o ordenamento jurídico, em verdade o refez, com base em seu direito positivado e permitiu que atrocidades imensuráveis fossem cometidas contra a humanidade.

Entenda-se: o que se está a afirmar é que um direito que se analise sem a valoração de princípios, da própria realidade fática, baseando-se única e exclusivamente no direito positivado, fechado e auto reprodutor em seus próprios elementos, abre margem, conforme evidências históricas, de um sistema em que impere a violação generalizada de direitos humanos. Ou seja, simplesmente aceitar, com base na “representatividade” do sistema majoritário, que se consolide um direito que destoa das diretrizes sociais e fáticas, é simplesmente ser conivente com injustiças sociais, tais como os regimes totalitários.

2.3 Da origem do ativismo judicial, de sua definição e de sua aplicabilidade

Mas, afinal, o que seria o ativismo judicial? Quais suas origens? Por que parcela da doutrina é tão enfática de rechaçar esta atuação incisiva do Judiciário?

Inicialmente, não há um contexto histórico delimitado e pacificado na doutrina para o surgimento do ativismo judicial. Importantes autores, como BARROSO (2009, pág. 7), entendem que foi com a Suprema Corte americana com a decisão a respeito da segregação racial. Em um primeiro momento, a atuação proativa da Suprema Corte validou determinados segmentos sociais mais reacionários para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857). Porém, o posicionamento da Corte inverteu-se por

completo a partir da década de 50, havendo uma atuação progressiva da Corte no sentido de proteção a direitos fundamentais, citando-se, conforme o ilustre autor, casos envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973). Para outros autores, entretanto, como GOMES (2009, pág. A2), foi com uma reportagem do historiador Arthur Schlesinger que se cunhou a expressão “ativismo judicial”.

Os conceitos de ativismo judicial não se confundem com judicialização da política, conforme BARROSO (2009, pág. 6), são conceitos similares, mas não sinônimos, ainda que ambos, em suas palavras, “vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”. A judicialização decorre do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não da vontade política dos governantes. Nestes casos, por expressa determinação constitucional, o Judiciário se viu obrigado, visto a vedação ao *non liquet*, a decidir sobre aquela matéria, não podendo alegar a falta de representatividade sobre a matéria.

Ativismo judicial, entretanto, conforme o autor, pode ser definido como uma atitude proativa do Judiciário na forma de interpretar a carta magna, atuando muitas vezes como legislador positivo, tendo em vista que o Legislativo, a classe política, não se encontra atendendo de forma satisfatória as demandas sociais, especialmente em casos de omissão. Trata-se, portanto, de uma participação do Judiciário visando acolher “valores e fins constitucionais”, havendo verdadeira interferência nas demais funções estatais (Executivo e Legislativo). O supracitado autor elucida que são três as principais expressões do ativismo judicial:

1) “aplicação da Constituição em situações não expressamente contempladas por seu texto”, ou seja, casos que não encontram no texto constitucional uma regulação expressa, mas que, através da interpretação teleológica da norma, pode-se aferir uma norma decorrente de princípios no caso concreto. Toma-se como exemplo o histórico julgamento do aborto de feto anencéfalos, nos autos da ADPF 54, em que, não obstante a inexistência de norma constitucional específica sobre a matéria. Parafraseando a corte, o que se questionava era a saber se existia tipificação penal na interrupção de fetos anencéfalos, posicionando-se pela viabilidade, tratando-se de conduta atípica, baseada numa interpretação

pautada em princípios da dignidade da pessoa humana, direito à vida e proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Neste caso específico, há ainda que se ressaltar temática acerca do chamado *criptoconsequencialismo* e das decisões manipulativas (aditivas e substitutivas) proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelos magistrados (controle difuso), como um dos principais argumentos contrários ao ativismo judicial.

Destaca-se que quanto aos limites da interpretação constitucional, conforme lições de LENZA (2013, pág. 163), muitas vezes o Judiciário se vê no papel de legislador positivo, criando verdadeiras normas jurídicas *inter partes*, principalmente através da chamada “interpretação conforme a Constituição” que se configura em nada menos do que uma técnica de decisão. Neste viés, de criação judicial de direitos, pode-se destacar a classificação de GUASTINI (2000, págs. 47-48) em decisões interpretativas em sentido estrito (divididas em de rechaço ou de aceitação) e as decisões manipuladoras/manipulativas/normativas (bifurcadas em aditivas e substitutivas).

As sentenças interpretativas de rechaço são aquelas em que, na existência de pelo menos duas interpretações possíveis, adota-se aquela que mais se adequar ao texto constitucional, afastando toda e qualquer interpretação contrária a esta, ou seja, a premissa permanece válida desde que utilizada da forma como fixada pela Corte. As de aceitação, de outra monta, são a hipótese de se anular decisão das instâncias inferiores, tendo em vista que foi “mal interpretado”, a premissa, portanto, permanece válida, mas a norma extraída naquele caso concreto é anulado, tendo em vista a utilização errônea do texto constitucional.

Interessantes as exposições de COELHO (2007, pág. 186) no sentido de que diferentemente das classificações acima abordadas, nas sentenças manipuladoras a Corte não se limita a declarar a inconstitucionalidade, mas, agindo como legislador positivo (ativismo judicial), altera diretamente o ordenamento jurídico com o fito de adequá-lo à Constituição. Subdivide-se em aditivas e substitutivas.

A primeira é a hipótese em que se dilata o sentido da norma, declarando a inconstitucionalidade não pelo direito positivado, mas pelo que a previsão normativa deixou de contemplar. Sendo assim, pautado no princípio da *isonomia*, cria-se norma mais abrangente pra se esquadrar

situações/grupos não contemplados pela previsão normativa original. Toma-se como exemplo a já citada ADPF 54 (antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de fetos anencefálicos), MI 670/ES (que trata do direito de greve dos servidores públicos) ou os MS 26.602, 26.603 e 26.604 (que tratam de fidelidade partidária). Todos são caso em que se declarou a omissão do legislador e se interpretou no sentido de abarcar situação não prevista no ato normativo originário.

As sentenças substitutivas, de outra monta, são declarações de inconstitucionalidade em que se anula o sentido empregado pelo ato normativo originário, substituindo-o por outro. Diferentemente da primeira hipótese aventada, nesta a Corte atua criando ato legislativo propriamente dito (atipicidade legislativa). Toma-se como exemplo a liminar concedida na ADI 2332, em que a Corte alterou o Decreto-lei N.º 3.365/41 para determinar que no caso de imissão prévia na posse, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, haveria incidência de juros moratórios no montante de 12% (doze por cento) da diferença entre o valor ofertado em juízo e o montante fixado em sentença, a despeito, não obstante o ato normativo originário estabelecer expressamente o valor de 6% (seis por cento), pautado no princípio da “justa indenização.

ii) “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”, neste caso específico não na Carta Magna norma afirmando expressamente que tal legislação infraconstitucional não se coaduna com os seus termos, contudo, através de uma interpretação teleológica, permite-se a declaração de inconstitucionalidade destas. Neste caso específico. Neste caso específico pode-se citar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da vedação ao nepotismo, pautado unicamente, à época, dos princípios da impessoalidade e da moralidade;

iii) “imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”, nesta hipótese é que ocorre o grande embate na doutrina e jurisprudência acerca dos limites da atuação do Judiciário, tendo em vista que há determinação expressa que o Executivo (independente da alegação da “reserva do possível”) adote determinadas condutas ou atuação de legislador positivo através de

mandados coletivos com força concretista geral (não obstante neste último ponto haver expresso permissivo legal na Lei N.º 13.300/2016 para atuação do Judiciário).

2.4 A Constituição simbólica e o fenômeno da anormalidade constitucional (ADPF 347)

O último ponto de análise das facetas do ativismo judicial – imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de política pública – deve ser correlacionado, em primeira monta, com que se entende por constitucionalização simbólica e como seus efeitos podem gerar o que se denomina “anormalidade constitucional” ou “Estado de Coisa Inconstitucional”.

Nas lições de NEVES (2007, pág. 65), percebe-se que a Constituição, entendida como o “acoplamento estrutural” entre política e direito, nada mais é do que a forma como normas constitucionais impactam diretamente a realidade social, ou seja, a forma como se concretiza comandos da Carta Magna e como, numa visão de Peter Häberle, *tanto a sociedade influencia no texto constitucional (como no caso de expansão do conceito de “família” para abranger também relações homoafetivas), como a Carta Magna transforma diretamente comportamentos sociais. Sendo assim, constituição simbólica pode ser definida como aquela que não consegue garantir a concretização de suas normas no âmbito social servindo, muitas vezes, como escusa para o cumprimento de direitos e garantias fundamentais, conforme será explanado.*

Para o referido autor, dois são os aspectos da constituição simbólica: i) negativo, de não ser concretizada suas normas jurídicas; ii) positivo, o constituinte estabelece normas simplesmente para velar uma realidade social e impedindo que se efetive mudanças no seio desta sociedade.

Antes de explicar a visão de NEVES acerca das similitudes com o constitucionalismo simbólico, autopoiesis e traçar breves comentários acerca desta relação com o recém vivenciado Estado de Coisa Inconstitucional brasileiro (no caso das prisões), importante destacar a relevância do tema quanto ao ativismo judicial. Perceba-se: uma constituição cujas normas não possam produzir resultados favoráveis numa sociedade, servindo ora como escudo de interesses escusos do legislativo, ora simplesmente não tendo força normativa própria,

possibilidade de coerção social, pode ser considerada uma Constituição Simbólica.

Na prática, não se permitindo que o Judiciário analise o sentido das leis com base nos valores e princípios constitucionais é simplesmente transformar a Carta Magna em um documento despedido de força normativa, seja simplesmente por não inviabilizar conteúdo jurídico contrário aos seus direitos positivados, seja simplesmente para velar interesses do legislativo. Resta evidente que o ativismo judicial é uma forma de impedir que direitos e garantias fundamentais sejam afastados pelo Legislativo, criando verdadeira constituição simbólica da dirigente CF/88.

A convergência entre constitucionalismo simbólico e autopoiesis refere-se ao fato daquela ser uma mera reprodução de critérios, programas e códigos de seu ambiente, não conseguindo/ ou almejando interferir na sociedade. Há, em verdade uma constante sobreposição do conteúdo político sobre o jurídico, não se permitindo o referido “acoplamento estrutural”, gerando situações justamente de “litígios estruturais” ensejadores do Estado de Direito de Coisa Inconstitucional.

A Constituição Simbólica, conforme ensina LENZA (2013, pág. 84) pode ser vislumbrada sobre três parâmetros básicos: i) confirmar valores sociais; ii) demonstrar a capacidade de ação do Estado; iii) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

Ademais, uma das funções deste tipo de Constituição é servir como álibi, ou seja, uma escusa para inércia estatal na consecução de prerrogativas constitucionais, conforme explana NEVES (2007, pág. 176):

A constitucionalização (simbólica), novamente, funciona como um álibi: “o Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento da ‘sociedade’. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações do poder, os quais pretendem frequentemente representar a ‘subcidadania’, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a ‘realidade constitucional inconstitucional’ e atribuir ao

Estado/governo dos 'sobrecidadãos' a 'culpa' pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos

Portanto, dentro de um Estado Democrático de Direito, pautado pelo neoconstitucionalismo, em que a força normativa da Constituição deve ser respeitada por todos os poderes, é imperioso assimilar que é necessária a interpretação realizada pelo Judiciário, não como casuística, mas tendo como substrato o anseio de não permitir que a Carta Magna de 1988, dirigente por natureza, se torne um instrumento obsoleto, incapaz de alterar a realidade social, despido de força normativa cogente. Se assim não se considerasse, haveria um "litígio estrutural", a seguir explanado, que o legislador ordinário e o executivo simplesmente não conseguem concretizar valores e garantias fundamentais previstos em seu texto. Esta figura é o Estado de Coisa Inconstitucional, anormalidade verificada em um caso concreto especificamente na atuação dos administradores (Executivo) e representantes do povo (Legislativo).

Em relação especificamente à atuação do Executivo, restou assentado nos autos da ADPF 347, de apreciação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em sede pedido liminar, que o Judiciário se pronunciou no sentido de que o sistema carcerário brasileiro passa por um Estado de Coisa Inconstitucional, havendo a necessidade de uma atuação proativa do Judiciário no sentido de garantir direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, autorizando o pedido de implementação de audiências de custódias e de obrigar a União a liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), sem qualquer limitação.

Vislumbra-se claramente que em ambas as hipóteses há uma atuação do Judiciário que, pela teoria clássica da separação dos poderes, na obra "Do espírito das leis" de Montesquieu, há uma indevida ingerência deste no Executivo e Legislativo, visto que exacerbou sua função de julgar conforme o direito positivado, criando normas jurídicas (legislativo) e impondo a execução de políticas públicas sem lei prévia (executivo/administração).

Porém, em uma visão mais abrangente, considerando em especial situações concretas de extrema gravidade, como o Estado de Coisa Inconstitucional, é possível se entender que para preservar a eficácia da

constituição de suas normas (entendidas tanto como as regras quanto os princípios), é, sim, necessária a atuação do Judiciário em casos de omissões e violações de direitos e garantias fundamentais, tanto com base no neoconstitucionalismo (interpretação conforme os princípios e valores de uma determinada sociedade, respeitando-se sempre o caráter antimajoritário da atuação dos magistrados e inviabilizando uma *autopoiesis* do direito), quanto na teoria de *checks and balances* em que todas as funções estatais exercem fiscalização e influências recíprocas entre si.

Perceba-se que não se deve afastar a função típica do Legislativo e do Executivo em situações corriqueiras, comuns, em que há, em verdade, uma decisão política discricionária baseada em comandos e permissivos constitucionais. Contudo, em situações de *anormalidade constitucional*, é, sim, necessário que o Judiciário intervenha, atue, sim, como legislador positivo ou administrador público para resguardar a higidez e a efetividade da Carta Magna. O exemplo dado, Estado de Coisa Inconstitucional, nas palavras de CAMPOS (2015, pág. 2) pode ser definido como uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais em atos comissivos e omissivos das autoridades públicas não são hábeis a sanar tal situação de inconstitucionalidade, conforme trecho abaixo:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Portanto, em situações específicas em que há “litígios estruturais”, ou seja, um choque entre as funções típicas das funções estatais no seu dever de garantia de direitos fundamentais, há um dever de atuação do Judiciário, buscando à retoma do que se entende por “normalidade constitucional”.

3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

O capítulo que se segue tem como principal meta traçar panorama acerca dos principais posicionamentos doutrinários sobre o ativismo judicial, adotando, ao final, posicionamento crítico sobre o instituto.

3.1 O ativismo judicial como desestabilizador do Estado Democrático de Direito

Nesta etapa do estudo passa-se à análise das posições contrárias ao ativismo judicial, destacando, em especial, seus reflexos. Vários são os argumentos, sendo necessário esmiuçar-se em cada um deles para se entender o mosaico teórico desta corrente doutrinária.

i) Um das grandes celeuma sobre a matéria decorre da ausência de representatividade dos membros do Judiciário em adotar decisões que interfiram diretamente nas prerrogativas típicas das demais funções estatais, visto que se criaria, em última análise, uma elite intelectual cujo poder não decorreria da vontade popular (real titular do poder), sendo assim, questiona-se a adoção do ativismo judicial em decorrência da ausência de legitimidade democrática em sua atuação. Ademais, vislumbra-se que neste caso, haveria uma violação à segurança jurídica, uma vez que o Judiciário estaria a mercê de conveniências pessoais que se alteram em grande medida ao decorrer do tempo (fenômeno já explanado do *criptoconsequencialismo*). Destaca-se, em especial, que estas decisões, pautadas no subjetivismo, são especialmente utilizadas nos *hard cases*, ou seja, situações de conflito de valores constitucionais que dependem de um juízo de ponderação (postulados hermenêuticos da proporcionalidade e razoabilidade).

ii) Ressalta-se que a interferência no Legislativo, em especial, ocorre de duas formas distintas: atuando ora como legislador negativo (atribuição prevista na Carta Magna de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos) e como legislador positivo (através do que se denomina decisões manipulativas, explanadas acima, em que o magistrado amplia ou substitui o sentido/alcance da norma

pautado na hermenêutica). Resta evidente, nesta corrente doutrinária uma violação direta à teoria da separação dos poderes, visto que se retira a autonomia de suas prerrogativas institucionais e se repassa para outro poder (tanto no Executivo, quanto no Legislativo, todas as os atos executivos e normativos, nesta visão, estariam sob o crivo final do Judiciário, deturpando-se, portanto, suas prerrogativas constitucionais de comando da nação).

Nas lições de SARMENTO (2007, pág. 144), trecho colacionado abaixo, a prática que se encontra no Judiciário brasileiro, denominado decisionismo pelo autor, é extremamente gravosa para o Estado Democrático de Direito, visto que permite um subjetivismo exacerbado por parte dos magistrados, transformando valores constitucionais em “carinhas de condão” as quais permitiriam, virtualmente, a concessão de qualquer demanda, desrespeitando a ponderação que deve existir entre normas constitucionais. Toma-se como um exemplo da situação ilustrada pelo autor o confronto clássico entre o direito à saúde (dignidade da pessoa humana/ vida e etc.) com um orçamento público delimitado (teoria da “reserva do possível”, demandas ilimitadas e recursos finitos).

E a outra face da moeda é o lado E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático

de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico

No caso de um tratamento excessivamente caro, mas necessário, indaga-se se o Judiciário pode comprometer as finanças públicas, determinando que se execute verbas – destinadas a um mosaico de obrigações – em apenas um caso, com um paciente. Não se trata do questionamento clássico do “valor de uma vida”, mas sim da análise jurídica se o Judiciário poderia interferir diretamente nas políticas públicas, impondo valores e princípios não expressos no direito positivado, através dos representantes do povo (membros do Legislativo). Para alguns, trata-se do fenômeno da “micro justiça” em detrimento da “macro justiça”, ou seja, casos individuais que se sobrepõe aos interesse coletivo tutelados por agentes públicos sem a devida legitimidade.

3.2 A última salvaguarda do Estado Democrático de Direito: o ativismo judicial

Passe-se a averiguar as posições favoráveis da atuação do Judiciário no comando das políticas públicas. Inicialmente, conforme já ressaltado, não se pode compreender que o ordenamento jurídico se encontra desassociado da realidade social, tendo em vista que esta visão limitada, que enseja o instituto da *autopoiesis*, gera verdadeiras atrocidades seja: *i*) por não produzir os efeitos sociais desejados, transformando a Carta Magna em mera Constituição-álibi; *ii*) por permitir, com base no processo legislativo interno de cada Estado, a criação de regimes que violam direitos e garantias fundamentais que são de observância obrigatória em nível internacional, mas que, juridicamente, não

se encontram inconstitucionais ou ilegais; *iii*) por impossibilitar que o magistrado interprete a legislação, com base em seus princípios (neoconstitucionalismo), violando a isonomia material em detrimento da segurança jurídica (sem qualquer juízo de ponderação entre estes valores constitucionais).

Quanto à questão da legitimidade democrática no comando da política pública, nas didáticas lições de BARROSO (2009, PÁG. 10), colacionadas abaixo, a prerrogativa do Judiciário de se contrapor à definição dos que detêm a “representatividade adequada” (ou legitimidade democrática) decorre do caráter contra majoritário deste:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.

Explana que duas justificativas são aptas a comprovar tal tese:

i) fundamento normativo: a própria atribuição delegada pela Constituição Federal, em especial do Pretório Excelso, de exercer uma parcela de poder político dotado de imparcialidade e tecnicismo através da interpretação de atos normativos com base na Carta Magna. Ressalta, todavia, que não se trata da figura do juiz *boca da lei*, tendo em vista que na própria aplicação dos princípios, os magistrados torna-se “coparticipantes do processo de criação do Direito”;

ii) elemento filosófico: trata-se de especial raciocínio elaborado por BARROSO (2009, pág. 11) no sentido de que Estado Constitucional Democrático parte de dois conceitos básicos – constitucionalismo como “poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; e democracia significando “soberania popular”. Assim o sendo, a Constituição ditará as

normas atinentes ao exercício do poder democrático, mas não se baseará única e exclusivamente nos valores da maioria, tendo a vista a necessidade de proteção a direitos e garantias fundamentais da minoria, ainda que contrários à vontade da maioria. Interessante a percepção de que toda a maioria é circunstancial, transitória, sendo assim, há necessidade de proteger um núcleo fundamental de direitos e garantias para todos.

Neste viés, o caráter, o Judiciário garante direitos e garantias fundamentais como um núcleo inviolável, um comando que não se encontra vinculado à vontade da maioria, tendo em vista que até mesmo esta é transitória. Exercendo o ativismo judicial, nesta seara, nada mais é do que promover a efetiva democracia, visto que o magistrado não substitui, em si, a vontade do legislador, mas simplesmente interpreta os atos normativos com base em regras e princípios de índole constitucional, em um caráter técnico e impessoal. Sendo assim, a clássica separação dos poderes deve ser revisitada para garantir a efetiva justiça social, em detrimento do simples direito positivo de atribuições estanques.

A ausência de representatividade, neste caso, funciona como um benefício à atuação do Judiciário, tendo em vista que não encontra qualquer espécie de subordinação frente à sociedade (e ao caráter majoritário da democracia), podendo julgar com base em critérios técnicos e impessoais a atuação dos demais órgãos e visualizar nas chamadas “situações de anormalidade constitucional” a melhor técnica a ser adotada.

Não se afirma que o comando das políticas públicas deve ser repassado ao Judiciário, nem tão pouco se vocaciona à criação de uma “oligarquia intelectual”, mas simplesmente verificar que, na realidade social, as ações e omissões reiteradas do Executivo e do Legislativo no referido gerenciamento, quando gerarem situações gravosas a direitos e garantias fundamentais, devem estar sujeitas à tutela jurisdicional, permitindo-se, inclusive, que adote determinadas medidas, típicas destas funções estatais, para sanar as tais crises institucionais.

Não se pode olvidar que, mesmo através de sentenças manipulativas, o Judiciário encontra-se vinculado à lei e o Legislativo não está subordinado às decisões das Cortes em sua função típica de edição de atos normativos (sob pena de se incorrer na fossilização do Legislativo). Sendo assim, é plenamente possível a superação de entendimentos

jurisprudenciais através da edição de leis (como o próprio Código de Processo Civil de 2015 que revogou inúmeras súmulas das Cortes Superiores), não criando nenhuma subordinação neste caso. O único intento do Judiciário, portanto, é simplesmente proteger direitos e garantias fundamentais, ainda que necessitem organizar o comando das políticas públicas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acerca deste novo fenômeno denominado de ativismo judicial é de extrema relevância no atual estágio político-social do ordenamento jurídico brasileiro, transformando em tarefa árdua, mas gratificante, traçar parâmetros que possibilitem ao leitor compreender os princípios pontos históricos e doutrinários sobre a matéria. Demonstra-se, ao final, posição crítica sobre a temática, em especial, a luz da Carta Magna, a constitucionalidade do instituto.

No primeiro item do trabalho, acerca da análise propedêutico dos institutos, revisita-se a clássica Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu, no sentido de que a visão de poderes estanques, absolutos e intransponíveis, encontra-se superada, sendo amplamente aceito a múltipla influência entre as funções estatais essenciais – Executivo, Legislativo e Judiciário – no que se denomina teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Consignou-se que o poder, uno e indivisível, é de titularidade do povo, demonstrando que neste ponto reside um dos principais argumentos contra o ativismo judicial: a falta de representatividade dos magistrados, tendo em vista a ausência de eleição popular.

No segundo item, verifica-se que dentro de uma ideologia rígida de separação dos “poderes” não se poderia ponderar que o Judiciário interferisse no comando das políticas públicas ou que atuasse como legislador positivo ou negativo, cabendo-lhe analisar, baseado na estrita legalidade, os atos infraconstitucionais. Assim o sendo, apenas os que possuíssem a adequada “representatividade” estariam habilitados ao comando da nação. Destaca-se que neste panorama, desconsidera-se o instituto da *autopoiesis*, termo que surge nas ciências biológicas, mas que é ampliado com Niklas Luhmann, ao explicar que são sistemas que criam seus próprios elementos, não sofrendo influências externas na sua elaboração.

Dentro de um ordenamento jurídico, verifica-se a *autopoiesis* quando o direito positivado não consegue influenciar na realidade social, transformando-se as normas jurídicas em simples legitimadores da vontade do poder dominante. Sendo assim, toma-se como exemplo a ideologia política do nazismo, em que havia a aprovação de uma “maioria legítima” - predominantemente concordava-se com a política instituída por Hitler, e, dentro de um mesmo sistema, dentro das normas jurídicas positivadas pelo Estado Alemão, permitiu-se que verdadeiras atrocidades ocorressem em nível global.

O que se busca afirmar, no segundo item, é que não se pode desvincular o ordenamento jurídico da realidade social, ainda que pautado na legalidade e na vontade predominante do povo, tendo em vista que cria um sistema jurídico-político fechado a interferências externas, legitimando atrocidades.

De outra monta, o neoconstitucionalismo, surgido após a segunda guerra mundial, é indispensável para que os magistrados possam verificar a justiça social das decisões baseados não apenas no direito positivo, mas em princípios e valores de conteúdo eminentemente humano. Conforme afirmado no trabalho: um direito que se analise sem a valoração de princípios, da própria realidade fática, baseando-se única e exclusivamente no direito positivado, fechado e auto reprodutor em seus próprios elementos, abre margem, conforme evidências históricas, de um sistema em que impere a violação generalizada de direitos humanos.

No terceiro item de estudo, afirma-se que não há consenso acerca do momento histórico que o ativismo judicial surgiu, porém, pode-se afirmar que teve um de seus primeiros vestígios na decisão da Suprema Corte americana a respeito da segregação racial, em 1857. A partir desta data, percebeu-se uma progressiva atuação da Corte na proteção de direitos fundamentais, em especial, à época, o dos negros. Destacou-se as diferenças pertinentes à judicialização da política com ativismo judicial, sendo aquela decorrente do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (pela Constituição Federal de 1988), ao passo que esta é a atitude proativa do Judiciário na proteção de valores e princípios constitucionais.

Explana-se, conforme lições de BARROSO (2009, pág. 6) que três são as facetas de aplicabilidade do ativismo judicial: “aplicação da Constituição em situação não expressamente contempladas em seu texto”; “declaração de

inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; “imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”, citando, em cada uma das situações expostas, jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal a título exemplificativo.

A quarta temática proposto é a correlação entre a constitucionalização simbólica com litígios estruturais que geram uma situação de “anormalidade constitucional” entre as funções primárias do Estado. Define-se como constituição simbólica como aquela que não é apta a concretizar suas normas no âmbito social, servindo, no mais das vezes, como escusa ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais (transformando-se em Constituição-álibi). Explica-se que é inconcebível que em um Estado Democrático de Direito, pautado nas premissas do neoconstitucionalismo, em que os princípios e valores constitucionais são essenciais para a interpretação e concretização de direitos e garantias fundamentais, haja omissões reiteradas do Legislativo e do Executivo, mesmo em suas funções típicas, que não possam estar sujeitas à atuação proativa do Judiciário. Cria-se uma verdadeira situação de anormalidade constitucional, ou litígio estrutural, em que apenas o comando ativo dos magistrados têm o condão de interromper, ou minimizar, ações e omissões que gerem violação aos direitos fundamentais.

No último capítulo proposto, abordam-se as lições doutrinárias favoráveis e contrários ao ativismo judicial, posicionando-se criticamente, ao final, sobre a constitucionalidade do instituto.

O ordenamento jurídico não pode se encontrar desassociado da realidade social, sob pena de se incorrer na *autopoiesis* – seja por não produzir efeitos sociais; por legitimar processos legislativos que violem direitos e garantias fundamentais; ou até mesmo por impossibilitar que o magistrado interprete a legislação (doutrina do interpretativismo) baseado no neoconstitucionalismo – fator que gera um verdadeiros litígio estrutural entre os poderes constituídos.

Quando ao aspecto de ausência de legitimidade democrática, ou representatividade adequada, destaca-se que pela própria dicção da Constituição Federal se evidencia o caráter antimajoritário do Judiciário, permitindo que atue, ainda que contrário à vontade da maioria, para a proteção de valores constitucionais.

Conclui-se que o instituto do ativismo judicial não tem o condão de transferir o comando das políticas públicas ao Judiciário, nem instituir a figura de uma “oligarquia intelectual”, mas, apenas, baseado na realidade social proteger valores e princípios constitucionais, como os direitos e garantias fundamentais, quando da violação reiterada por parte do Executivo e do Legislativo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível

em:<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23/03/2017, às 18:44.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponibilizado em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 22/03/2017, às 19:51.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponibilizado em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 23/03/2017, às 20:07.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 23/03/2017, às 19:55.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México. Porrúa. 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo. Saraiva. 17.^a Ed. 2013.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**. México: Herder, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo. WMF Martins Fontes. 2007. (Coleção Justiça e Direito).

SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Edito Lúmen Júris. 2007.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ASSOCIAÇÃO

FÁBIO ANDRÉ UEMA OLIVEIRA:
Procurador do Estado de São Paulo.
Mestre e Doutorando em Direitos Difusos
e Coletivos pela PUC/SP. Especialista
em Direito Constitucional pela
PUCSP/COGEAE.

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar o direito fundamental à livre associação. Abordaremos a evolução histórica deste direito, bem como o tratamento constitucional das associações, com destaque para alguns papéis importantes desempenhados pelos entes associativos na sociedade moderna mencionados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito fundamental. Livre associação. Constituição Federal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Homem como ser gregário 2. Conceito de Associação 3. Principais Características das Associações. 4. Classificação das Associações. 5. Histórico (Origens). 6. Evolução Legislativa no Brasil. 7. Direito Fundamental à Livre Associação – visão constitucional. 8. Considerações Finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio analisaremos o direito fundamental à livre associação, iniciando por uma abordagem sociológica sobre a necessidade do homem se congregarem para aumentar sua capacidade de concretização de objetivos comuns.

Partindo do pressuposto que o conceito de associativismo é polissêmico (com vários significados históricos) e se liga a outras noções também com diversas significações, a saber: sociedade civil, ONGs, ações voluntárias, entidades civis, movimentos sociais, associações, sociedades empresárias, sujeitos coletivos, sindicatos, partidos políticos, cooperativas, entre outros, bem como inúmeros temas exurgem do direito em estudo, ressaltamos que se mostra inviável uma abordagem profunda a respeito de cada instituto decorrente da liberdade associativa.

O direito à livre associação é considerado fundamental, sendo inerente ao ser humano buscar a cooperação de outros indivíduos para a consecução de fins comuns, conforme o interesse do grupo formado. Hodiernamente, a sociedade começa a se congregar, de maneira organizada, isto é, sob a forma de associações, buscando a proteção de interesses de toda a coletividade e do interesse público.

Os referidos interesses são em sua maioria tutelados pelo Estado, necessitando, pois, de grande e efetiva participação da própria sociedade civil em busca da tutela de direitos que são de seu interesse direto, tais como a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, aos direitos constitucionais do cidadão, entre outros.

Como se sabe o patrimônio público, numa acepção abrangente ou compreensiva, é o patrimônio daqueles que não têm patrimônio, ou é o patrimônio de seu povo; o meio ambiente, por sua vez, é necessário à sobrevivência de todos; e as relações de consumo são travadas e experimentadas diariamente por todas as pessoas.

Desse modo, é essencial que a sociedade se organize, como forma de aumentar seu potencial de contestação, de legítima pressão e postulação; já demonstrou ser capaz de derrubar até os regimes absolutistas ou totalitários; mas isto se deu de maneira episódica e histórica. A necessidade de que essa atuação se apresente constante, influenciando na tomada de decisões políticas escorreitas e direcionadas do bem-estar social; bem como tutelando, inclusive através da judicialização de causas, os preditos interesses da coletividade em geral, ou de grupos com certa expressão. Esse tipo de atuação ou participação traduz exercício da democracia e propicia inegável equilíbrio das relações entre forças condicionantes ou direcionadoras de uma sociedade.

Nesse passo, para que a democracia no País seja cada vez mais efetiva, é preciso que se incentive a organização da sociedade civil, aumentando-se o número de associações e fundações, para que possa a própria sociedade, aos poucos – mas não vagarosamente – ser autossuficiente para tutelar, de forma efetiva, seus interesses, sem depender exclusiva, ou quase que exclusivamente, do Estado.

Assim, trazemos à colação a evolução histórica e legislativa das associações e, notadamente, o tratamento constitucional sobre a liberdade de associação.

1. Homem como ser gregário

Como é cediço, o homem é um ser gregário por natureza. Desde o início da existência humana os indivíduos interagem entre si, conflituosa ou harmoniosamente, convivendo em forma de grupos que surgiram a partir de contatos primários e se desenvolveram, ao longo do tempo, através dos processos sociais.

O ser humano se desenvolve e aprimora suas capacidades através da interação uns com os outros, necessitando, de forma constante, cooperar para atingir suas metas e objetivos, dos mais básicos (v.g., sobrevivência), aos mais complexos, como a construção de grandes obras de engenharia. Destarte, amplia sua capacidade de realizar tarefas que seriam impossíveis de serem concretizadas por uma única pessoa.

A sociologia aponta diversos modos de interação^[1] entre as pessoas e, sob a ótica do fenômeno do relacionamento social (processo de interação social), temos a competição, o conflito, a acomodação, a assimilação e a cooperação, que se divide em temporária ou contínua e direta ou indireta.

A cooperação é uma modalidade particular de processo social em que dois ou mais grupos ou indivíduos atuam conjuntamente para a consecução de um objetivo comum, manifestando-se como requisito especial e imprescindível para a manutenção e continuidade de grupos e, por conseguinte, das sociedades.^[2]

Na cooperação temporária os indivíduos se agregam para a realização de uma tarefa por um tempo determinado, v.g., para efetuar um mutirão. Já a cooperação na sua forma contínua ocorre entre pessoas ou grupos que, em lugar fixo, sempre necessitam da colaboração mútua, por exemplo, no controle da poluição. Quando a cooperação é direta os indivíduos ou grupos fazem conjuntamente coisas semelhantes, dividindo-se em trabalho associado, trabalho suplementar e integração de trabalhos diversos, em que os trabalhos diferentes buscam a consecução de objetivos comuns. Por sua vez, a cooperação indireta é definida como a realização de trabalhos diferentes^[3], por exemplo, o médico que

não pode viver sem o alimento produzido pelo lavrador e esse, por seu turno, que necessita do médico quando fica doente.

Assim, a cooperação surge, indubitavelmente, pelo simples fato de que nenhum homem é autossuficiente e tende a se especializar em determinado ramo. Nesse passo, o indivíduo precisa se congrega para satisfazer suas necessidades e os mais diversificados interesses, que podem ser de qualquer natureza, desde a obtenção de algum bem material até a busca pela manutenção da lealdade do grupo e de seus ideais.

Ainda, é notório que quanto maior a organização e cooperação dos indivíduos que compõem determinado grupo, melhor a capacidade e eficiência deste para realizar suas tarefas e atingir seus objetivos. Veja-se, num exemplo, a sociedade romana, cuja organização, disciplina e conjugação de esforços, sustentaram o mais duradouro império da história.

Da evolução do processo social de interação humana, para a consecução de objetivos comuns, de modo a satisfazer os interesses dos indivíduos, exsurge o associativismo que tende, inclusive, na sociedade moderna, a diminuir as desigualdades sociais^[4] e desenvolver a democracia participativa^[5].

2. Conceito de Associação

Associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela reunião de pessoas que buscam a concretização de fins lícitos e sem intuídos lucrativos, formando uma universitas personarum^[6]. Washington de Barros Monteiro^[7] sintetiza as associações como “pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”.

Ainda, não destoa Carlos Roberto Gonçalves^[8] definindo-as como “pessoas jurídicas de direito privado constituídas de pessoas que reúnem os seus esforços para a realização de fins não econômicos”. Na mesma linha, Adriana Carvalho Girardelli^[9] enuncia que “associações civis: (culturais, sociais, sindicais) – resultam da conjugação de pessoas com um objetivo comum, visando à execução desses objetivos e não possuem finalidade econômica”.

No mesmo diapasão, Maria Helena Diniz^[10] preceitua:

tem-se a *associação* quando não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais etc. Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p.ex., associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade.

Nesse sentido, o art. 53 do Código Civil define: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Vê-se que o legislador, diversamente do Código Civil de 1916^[11], diferenciou as associações das sociedades pelo critério da economicidade, de forma semelhante ao ordenamento alemão^[12].

Todavia, o “fim não-econômico”^[13] deve ser interpretado como “fins não lucrativos”, isto é, a não distribuição de lucros entre os associados, pois que não é vedado à associação praticar atos jurídicos de conteúdo econômico para a consecução dos seus objetivos. Como bem exemplifica a doutrina^[14], é lícito que uma associação recreativa venda a seus associados de camisetas, agasalhos, bolas, raquetes etc., entretanto, os recursos obtidos devem ser revertidos em proveito da associação.

Como já explicitado por Pontes de Miranda existiam associações de fins econômicos e sociedades sem fins econômicos^[15]; Maria Helena Diniz^[16] aclara este posicionamento com o exemplo das associações de socorro mútuo, que desenvolvem atividade eminentemente econômica, mas não distribuem os resultados. Ainda, Nagib Slaibi Filho aponta os sindicatos como associações de fim econômico, mas sem finalidade lucrativa^[17].

Cumprido ressaltar que, apesar de a locução (“fins não econômicos”) não ser a mais adequada, a doutrina sempre se mostrou firme, quanto à possibilidade de as associações poderem exercer *atividades* de cunho econômico, desde que não haja a distribuição de resultados, isto é, o fim lucrativo.

3. Principais Características das Associações

As associações têm como características[18]: plurissubjetividade; base estatutária[19]; permanência; fins comuns e lícitos; e direção unificante. Desta feita, para existir associação basta que haja uma união de pessoas, em qualquer número, de forma a configurar a plurissubjetividade de indivíduos que compõem o ente moral, que se congregam voluntariamente.

A associação deve ser permanente, o que a diferencia da reunião com caráter transitório e não duradouro. Destarte, as pessoas integrantes da pessoa jurídica são regidas por um estatuto que define o funcionamento dela para a consecução dos seus objetivos.

Assim, não pode haver associação sem os sobreditos elementos, tendo em vista que se faz necessária a congregação voluntária, permanente e duradoura de duas ou mais pessoas (plurissubjetividade), que, com comunhão de propósitos (direção unificante) e lastro em seus estatutos (base estatutária), buscam fim lícito e comum.

A finalidade da associação deve ser lícita, ou seja, não contrariar a lei e não vulnerar a ordem pública, a soberania popular e os bons costumes[20]. Desta forma, os objetivos não devem constituir ilícitos penais ou civis, nem contrariar os valores da sociedade.

4. Classificação das Associações

Classificam-se as associações quanto aos fins colimados, existindo um sem-número de finalidades que podem ser adotadas, desde que sejam lícitas e não sejam organizadas com caráter paramilitar[21]. Na vigência do Código Civil de 1916, as associações podiam apenas ter finalidades pias, morais, religiosas, artísticas e culturais[22].

Maria Helena Diniz[23] compila uma série de exemplos de associações, tais como: a) pias, beneficentes ou filantrópicas; b) assistência social; c) utilidade pública; d) organizações religiosas; e) espiritualistas; f) secretas; g) estudantis; h) formadas para manutenção de escolas livres ou de extensão cultural; i) culturais; j) profissionais liberais; k) desportivas; l) entidades organizadoras de corridas de cavalos; m) recreativas ou sodalícias; n) amigos do bairro ou de fomento e defesa; o) caixas de socorro; p) sindicatos ou organizações profissionais representativos

de uma categoria profissional idêntica; q) associações para o exercício de atividade de garimpagem; r) cooperativas; s) associação formada entre proprietários para execução e manutenção de trabalhos; t) associações de poupança e empréstimo e as compostas por detentores de títulos de renda pública; u) de agentes de seguros; v) convenção coletiva de consumo; w) trustes ou ententes; x) grupos formados entre usuários de um serviço público; e y) associações políticas ou partidos políticos.

Depreende-se, portanto, que o ordenamento permite e incentiva a união das pessoas, seres gregários por natureza, para conjuntamente desenvolverem qualquer atividade de interesse comum dos associados ou de todo um grupo, classe ou categoria, com a restrição de se organizarem em caráter paramilitar e que não tenham finalidade ilícita[24].

5. Histórico (Origens)

Celso Ribeiro Bastos[25], com supedâneo nas lições de Jean Rivero, narra o surgimento da liberdade coletiva de associação, que tardou em relação às outras garantias de direitos individuais, pois que fundamentalmente os governos temiam as facilidades que as associações ofereciam à contestação e que não estariam “incluídas na herança ideológica de 1789”.

Como bem esclarece o ilustre jurista, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão daquele ano tem cerne “fundamentalmente individualista”, sendo que o liberalismo político temia as organizações particulares que pudessem se interpor entre o indivíduo e a coletividade total, deturpando a expressão “vontade geral” – “vontade” essa que expressava os interesses da burguesia francesa, especialmente da alta burguesia, que pretendia derrubar o Antigo Regime e se instalar no Poder.

Ainda, o liberalismo econômico era temeroso em relação aos possíveis prejuízos que uma coletividade organizada poderia trazer à economia de mercado, que, como é cediço, era fundada em contratos individuais e na livre concorrência.

A maior preocupação, naquela época, eram as coalizões de base profissional[26], tais como as que sugeriram no pós-Revolução Industrial na

Inglaterra, formadas por trabalhadores que viviam em péssimas condições de vida de trabalho e se congregaram para reivindicar direitos da classe, as trade unions[27], precursoras do direito sindical.

Assim, justifica-se não terem sido inseridos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a liberdade de reunião e a de associação para diminuir, sobremaneira, a capacidade de contestação das classes menores, que representavam a maioria do Terceiro Estado, líder da revolução, subjugadas, agora, pela nova ordem de poder.

Observa-se que o direito de associação foi expressamente proibido no domínio profissional pela Lei “Le Chapelier” de 1791.

As associações políticas que assumiram grande poder com o “Clube dos Jacobinos”, durante o “terror”, se desenvolveram à margem da legalidade. Assim, o século XIX apresenta uma tendência contrária a estas liberdades coletivas, especialmente o direito de associação.

Por sua vez, o Código de Processo Penal Francês[28] da época, vedava as associações compostas por mais de vinte pessoas, salvo se com autorização prévia e discricionária.

Em contrapartida, as proibições foram mitigadas na prática, em razão de um “espírito de tolerância de fato”[29]. Contudo, o princípio que regravava as proibições não foi discutido e modificado, houve apenas a aceitação tácita da autoridade administrativa no funcionamento das associações.

Desta forma, ainda quando proibidas, as associações passaram a ser toleradas pela sociedade e pelo governo, o qual, naquele momento, estaria mais empenhado em julgar e decapitar seus inimigos políticos, àquela altura da Revolução Francesa[30].

No advento do Segundo Império, iniciou-se uma branda evolução quanto ao direito de greve, que, até então, era um dos mais reprimidos e repudiados. Napoleão III, que visava o apoio da classe operária, obteve a votação de uma lei que eliminou o delito de coalizão.

Todavia, apenas na década de 80 do século XIX ocorreu a primeira reforma liberal de grande relevância, inicialmente com a liberdade de reunião, seguida da liberdade sindical.

Em resumo, somente no começo do século XX as liberdades coletivas, de reunião e de associação se sedimentam no direito positivo francês, influenciando o direito em todo o mundo, especialmente em relação às liberdades públicas. O direito brasileiro seguia a mesma linha do direito europeu e, da mesma forma que outros países, era avesso ao direito de associação[31].

Na Inglaterra, contudo, deu-se um fenômeno importante. Stuart Mill publica em 1859 *on liberty*, obra que modificou a forma de se ver o problema pelo liberalismo. O insigne autor observa que o homem isoladamente é muito frágil, para fazer-se respeitar pelo Estado. Daí a conveniência da sua associação com outros homens, do que resultaria necessariamente um acréscimo de sua força[32]. Assim, o pensamento liberal abandonou sua aversão pelas diversas formas de associação e consubstanciou este direito como um dos alicerces da sua ideologia.

A Constituição brasileira de 1824 não contemplava explicitamente o direito de associação. Era omissa a respeito, destarte, na prática, não impediu o funcionamento de diversas organizações, especialmente as de cunho político, por isso que não estavam elas proibidas pelo ordenamento.

6. Evolução Legislativa no Brasil

A introdução do direito fundamental de liberdade associativa deu-se com a Constituição de 1891(art. 72, § 8º). A partir de então, todas as demais o repetem: de 1934 (art. 113, n. 12), 1937 (art. 122, n.9), 1946 (art. 114, § 12), 1967 (art. 150, § 28), acompanhada esta última da Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153, § 28); na atual Constituição Federal de 1º de outubro de 1988, essa matéria mereceu sensível atenção e vem tratada nos arts. 5º, incisos XVII a XXI, 8º e 17.

Com base no Texto Maior de 1891, surgiu a Lei n. 173, de 10 de dezembro de 1893, primeira norma reguladora das associações[33], as quais se fundavam para fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, com apoio no §3º do art. 72 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

O Código Civil de 1916 não diferenciava as corporações – sociedades e associações – tratando-as na seção III “Das sociedades ou Associações civis”, do Capítulo II, do Título I, do Livro I, nos arts. 20 a 23.

Atualmente, o Código Civil regula as associações nos artigos 53 a 61, alterados pela Lei n. 11.127, de 28 de junho de 2005, modificadora dos artigos 54, VII, 57, 59, I, II e parágrafo único e 60, melhor adaptando as regras de funcionamento desses entes à realidade social.

7. Direito Fundamental à Livre Associação – visão constitucional

Cuida-se de direito fundamental, protegido na forma de cláusula pétrea, que vem proclamado e explicitado no art. 5º, incisos XVII a XXI, da Constituição da República. Depreende-se claramente da Lei Magna a importância dada pelo constituinte à liberdade de associação, na medida em que deu a esse direito status constitucional e o erigiu à categoria de direito fundamental. Com isso lhe conferiu a maior proteção possível, de modo a torná-lo imune à própria reforma constitucional, via poder constituinte derivado. Coaduna-se, desta feita, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), que o trata como um direito fundamental: “Art. 20: Todo homem tem direito à liberdade de reunião e de associação pacífica. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

Ainda, a Carta Magna contempla regramento especial aos sindicatos, conforme é dado ver do seu art. 8º[34] e art. 37, VI[35], que assegura a associação sindical aos servidores públicos civis, assim também em relação aos partidos políticos, ex vi do art. 17[36] da mencionada Carta Federal, que também têm natureza associativa[37].

Há quem considere a quantidade de normas a respeito do direito de associação um exagero nas minúcias e nos cuidados[38], típico de uma Constituição analítica; todavia, esta preocupação do constituinte bem demonstra a importância do associativismo na sociedade contemporânea; buscou-se, desta forma, inequivocamente, garantir e, principalmente, fomentar a atuação da sociedade civil, inclusive na defesa de interesses transindividuais, através de células dela própria, no controle de constitucionalidade, na defesa de interesses relativos às relações de trabalho, na persecução do interesse público entre outros.

Procurou incentivar a tutela dos interesses gerais ou coletivos (lato sensu) pelas entidades concebidas e integrantes ou representantes da própria coletividade; não apenas como forma de estruturar a organização dos indivíduos formadores do tecido social, mas também como modo de, aos poucos, o Estado (ou seus organismos) exercerem menor intervenção nos interesses da sociedade ou fazê-lo numa condição subsidiária e/ou complementar, afastando o paternalismo que tanto conspira – ou conspirou – contra uma conduta mais proativa da população, através de entes dela representativos.

Não se quis – ou não se quer – abolir a figura do Estado ou de seus organismos no palco dos conflitos ocorrentes e de afetação expressiva para a sociedade. E isto está bem delineado no elenco, por exemplo, dos entes legitimados à propositura de Ação Civil Pública (art. 5º, caput, da Lei n. 7.347/85)[39] e de instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, da CF).

Dispõe o Texto Maior no art. 5º, XVII, ser “plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Nesse passo, Constituição federal veda a associação de caráter paramilitar, não sendo proibidas as de militares[40]. Bem define Uadi Lammêgo Bulos as organizações paramilitares como:

corporações privadas de cidadãos ou estrangeiros que se apresentam armados, fardados e até adestrados, embora não integrem os quadros do Exército, nem da polícia de um País. Treinam os seus componentes, possuidores ou não de armamentos particulares, para manusearem armas de fogo ou armas brancas, em operações bélicas ou de extermínio de pessoas. As entidades que se revestem desse caráter logram destinação específica e nem sempre são formadas por militares, policiais ou membros do Exército. No mais, compõem-se de civis, que se associam, ilicitamente. Incluem-se aí os ajuntamentos fardados, que impõem noções de hierarquia, procurando assemelhar-se aos traços característicos dos militares. Não devem ser confundidas com as associações de *militares*. Estas, diferentemente das paramilitares, são lícitas e legítimas, e visam representar a classe. No Império, tivemos a Guarda Nacional, exemplo de organização paramilitar.[41]

Ainda, adverte Alexandre de Moraes que:

Deverá ser analisado, para o fiel cumprimento deste requisito constitucional, se as associações, com ou sem armas, se destinam ao treinamento de seus membros a finalidade bélicas. Anote-se, porém, que a nomenclatura de seus postos, a utilização ou não de uniformes, por si só não afasta de forma absoluta o caráter paramilitar de uma associação, devendo-se observar a existência de organização hierárquica e o princípio da obediência^[42].

Walter Ceneviva, por sua vez, preconiza que organizações paramilitares:

são aquelas que dão ou pretendam dar, a seus associados, treinamento de armas e equipamentos do tipo propiciado, pelas Forças Armadas, a seus oficiais e soldados e que, por sua natureza, constituam causa, ainda sem nenhuma ação ofensiva em concreto, ameaçadora para as instituições democráticas e para o livre exercício dos direitos individuais.^[43]

A contrario sensu temos neste dispositivo constitucional as duas vedações que autorizariam a dissolução de associação, após o transito em julgado da decisão judicial nesse sentido (art. 5º, XIX, da CF)^[44]. Isto é, a ilicitude da finalidade do ente e a sua organização em caráter paramilitar.

Ainda, o inciso XVIII, do artigo 5º, dispõe que: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. Verte-se desse dispositivo a garantia de natureza negativa do direito de associação, ou seja, o Estado o satisfaz ao não interferir na formação das organizações, não podendo proibir ou dificultar o seu funcionamento ou determinar a sua dissolução, salvo por ordem judicial transitada em julgada^[45].

Desta forma, a interferência do Poder Executivo ou do Legislativo, direta ou indiretamente, através de ato normativo, no funcionamento das associações, afigurar-se-á, em tese, inconstitucional.

A extensão constitucional da liberdade de associação restringe inclusive o controle judicial, pelo fato de a Constituição da República vedar apenas a associação de fins ilícitos ou de caráter paramilitar.

Assim, a liberdade associativa não admite, por cláusula pétrea, ingerências outras. Por exemplo, o Decreto-Lei n. 41/66, que legitima o Ministério Público a propor ação visando à dissolução de sociedade civil de fins assistenciais quando esta não cumprir as finalidades sociais ou ao bem comum que deveria perseguir, ou seja, o descumprimento precisa tornar a associação de fins assistencial ilícita para possibilitar sua dissolução, nos ditames da Lei Maior.[\[46\]](#)

Nesse passo, o art. 5º, inciso XIX, da Constituição da República determina: “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”. Assim, apenas para a dissolução faz-se mister o trânsito em julgado da sentença, podendo ocorrer a suspensão das atividades por ato decisório recorrível do Poder Judiciário.

Demais disso, garante a Carta Magna que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado” (art. 5º, XX), sendo pleno o livre-arbítrio para ingressar ou se retirar de uma associação.

Em suma, são quatro os direitos relacionados à liberdade de associação[\[47\]](#): o de criar associação (e cooperativas na forma da lei), independentemente de autorização estatal; o de ingressar em qualquer associação, pois ninguém poderá ser compelido a associar-se; o de se retirar da associação, visto que ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, porque não se pode obrigar uma associação a existir.

Por fim, a Carta Constitucional determina, no art. 5º, inciso XXI, que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

A natureza jurídica dessa legitimação conferida pela Constituição da República é tema de grande disputa doutrinária; considerável parcela dos estudiosos defende tratar-se do instituto da representação[\[48\]](#), enquanto a outra sustenta que o inciso, apesar de utilizar o verbo “representar”, trata do fenômeno da substituição processual[\[49\]](#).

De outro lado, cumpre salientar que a jurisprudência também se divide em relação à necessidade de autorização expressa dos associados para que as entidades associativas ingressem com ações judiciais (como representantes ou substitutos processuais) em favor daqueles.

Podemos, nesta linha, observar que mesmo noutras ações coletivas, v.g., mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da Constituição da República), cuja legitimação tem lugar através de outros dispositivos legais^[50] que não o inciso XXI, do art. 5º, da Carta Federal, os tribunais divergem quanto à necessidade da autorização supra referida.

Nesse sentido, vejamos decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Ausência de autorização expressa dos associados. É indispensável a autorização expressa dos associados para entidade representativa agir, judicialmente, em defesa de seus interesses individuais. Não se conhece o mandado de segurança coletivo, carente desse pressuposto essencial (STJ, rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.3.1992, DJU 18.5.1992, p. 6957).

Em contrapartida, trasladamos a Súmula 629 do Colendo Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Assim, parece-nos que apenas as ações com fulcro no art. 5º, XXI, da Carta Federal necessitam da autorização expressa dos associados da entidade para que esta ajuíze ação em favor daqueles, posto que a natureza da ação é eminentemente individual e os “autores”, representados pela associação, são os associados.

Ainda, a Cidadã inovou ao prever o remédio constitucional coletivo, na defesa de direitos líquidos e certos, no art. 5º, LXX, que dispõe:

o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Na lição de Pedro Lenza:

com o mandado de segurança coletivo, busca-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, sejam individuais homogêneos ou coletivos[51].

Em relação à legitimidade ativa a Carta Magna a conferiu aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou seja, aqueles que tenham ao menos um filiado Deputado Federal ou Senador, e às organizações sindicais, entidades de classe e associações. A matéria é regulada em sede infralegal pela Lei 12.016/09 que trata do remédio coletivo nos artigos 21[52] e 22[53], conceituando os direitos metaindividuais amparados e indicando a legitimidade ativa e os efeitos da coisa julgada.

A tutela sindical também é um relevante componente do direito fundamental à livre associação, com destaque na Lei Maior. Os sindicatos têm tratamento especial no art. 8º da Constituição Federal[54] e no art. 511 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, com natureza jurídica de associação privada, autônoma e coletiva[55].

Renato Saraiva[56] define sindicato como “a associação de pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade profissional ou econômica, para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Os sindicatos são associações com especial tratamento constitucional e legal, em razão da sua atuação voltada à defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria que representa. Sendo que estão alicerçados nos Princípios da Liberdade Sindical e da Autonomia Sindical. A liberdade sindical consiste na possibilidade dos indivíduos se associarem ao respectivo sindicato e de se retirarem a qualquer tempo dos quadros, bem como à liberdade dos empresários e trabalhadores constituírem sindicato representante de seus interesses sem interferência ou intervenção do Estado. Por sua vez, o Princípio da Autonomia Sindical “consiste na faculdade que possuem os empregadores e

trabalhadores de organizarem internamente seus sindicatos, com poderes de auto-gestão e administração, sem a autorização, intervenção, interferência ou controle do Estado”[57].

Como visto algures, os sindicatos impulsionaram o direito à livre associação, em razão da forte influência que as massas organizadas exerciam sobre os detentores do Poder e, paulatinamente, foram aceitos pelas legislações pós-revolução francesa, depois de um longo período em que eram considerado crime se associar. A força da união dos empregados, através dos entes sindicais, permite que a relação entre sindicato patronal e dos empregados reste equilibrada, pois inexistente, entre os sindicatos, a hipossuficiência da relação individual do trabalhador com o empregador. No direito individual do trabalho, que busca proteger o hipossuficiente com normas protetoras cogentes e irrenunciáveis, pois sem esta proteção a parte mais forte da relação sempre conseguiria impor sua vontade, tal como as atrocidades vivenciadas no pós-revolução industrial com grande exploração do trabalhador, ocasionadas pelo desequilíbrio nas relações de emprego. Com o surgimento dos sindicatos, possibilitaram-se as negociações coletivas, surgindo os primeiros direitos individuais dos trabalhadores, que aos poucos começaram a ser positivados nos ordenamentos.

Podemos destacar na atuação sindical a representação das categorias pelos entes sindicais na convenção e no acordo coletivo de trabalho. O art. 611 da CLT conceitua: “Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. Por seu turno, entende-se como acordo coletivo quando há pacto entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas, ex vi do art. 611, §1º da CLT[58]. Observa-se que a única forma de se flexibilizar direitos dos trabalhadores é através da tutela sindical, como, por exemplo, a diminuição do salário por acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI, da Constituição Federal).

Assim, os sindicatos, desdobramento do direito à livre associação, têm extrema importância na defesa dos interesses individuais e coletivos das suas respectivas categorias, sendo indispensáveis para a manutenção do equilíbrio das relações e condições de trabalho.

Demais disso, ainda temos os Partidos Políticos que podem ser considerados como associações com características e tratamento especial, pois viabilizam a “democracia representativa na qual o povo, pelas eleições livres, na qualidade de titular do poder do Estado, elege seus representantes para o exercício de um mandato em seu nome e na defesa de seus interesses” [59]. Uadi Lammêgo Bulos [60], parafraseando Pietro Virga, os define como “associações de pessoas, unidas por uma ideologia ou interesses comuns, que, organizadas estavelmente, influenciam a opinião e a orientação política do país”.

Depreende-se do art. 17 da Constituição Federal [61] a plena autonomia dos partidos com ampla liberdade de atuação, respeitando a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais.

Observa-se a vedação ao caráter paramilitar dos partidos políticos, tal como das associações, para prestigiar e manter o regime democrático decorrente de muitos anos de luta e sacrifícios da sociedade.

Os partidos têm natureza de pessoas jurídicas de direito privado, adquirindo personalidade jurídica na forma da lei civil (ver artigos 45 e 46 do Código Civil) e devem registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, prestando contas à Justiça Eleitoral.

Ademais, precisam ter caráter nacional e são proibidos de receberem recursos financeiros de entidades e governos estrangeiros, em respeito à soberania nacional. Ainda, a Lei Maior destina recursos do fundo partidário para a realização de suas atividades, além de garantir o acesso gratuito ao rádio e à televisão para propagarem suas ideias.

É notória a importância para o regime democrático a atuação destes entes associativos, que propugnam ideais políticos e servem de meio para a eleição dos representantes do povo.

Portanto, a liberdade de associação irradia-se de forma peculiar em relação aos partidos políticos, que são iluminados pelos princípios da liberdade partidária, da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo, da dignidade humana, da legalidade, da igualdade e da moralidade pública, pois representam um dos principais pilares que sustentam a democracia no país.

8. Considerações Finais

O direito fundamental à livre associação é de suma importância para o desenvolvimento da sociedade e do regime democrático, tendo tratamento especial na Declaração Universal de Direitos do Homem e nas constituições de diversos países, sendo cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988.

Este direito possibilita a criação das associações, dos sindicatos, dos partidos políticos, das organizações religiosas, que exercem diversos papéis importantíssimos para a consecução do bem comum, do interesse público, na persecução dos objetivos insculpidos no art. 3º da Lei Maior.

Dentre estas atuações destacamos a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, a defesa dos interesses transindividuais via ação civil pública e mandado de segurança coletivo, a tutela sindical e o exercício da democracia representativa, viabilizado pelos partidos políticos.

Nesse passo, demonstramos que a sociedade organizada aumenta seu potencial de contestação, de legítima pressão e postulação, de forma a influenciar a o Poder Público a tomar decisões políticas escorreitas e direcionadas do bem-estar social, pois o Estado não é mais o único detentor de instrumentos para a proteção dos interesses da sociedade.

Portanto, concluímos que através da liberdade de associação, constitucionalmente garantida, a sociedade pode evitar arbitrariedades, defendendo os interesses da Nação sem depender exclusivamente da boa vontade do administrador da máquina pública, preservando o regime democrático e os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Isto porque estão constitucionalmente à disposição dos entes associativos diversos instrumentos para a tutela do bem comum, dos direitos fundamentais, dos interesses transindividuais e do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

- ____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 2. volume: arts. 5 a 17.* 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ____. *Curso de direito constitucional.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ____. *Lei dos Registros Públicos comentada.* 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Associações e fundações de utilidade pública: seus requisitos para os efeitos da imunidade de impostos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ____. *Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil.* 4 ed. São Paulo: Nelpa, 2004.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2017.
- GARCIA, Gilberto. *Novo direito associativo.* São Paulo: Método, 2007.
- GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora da defesa do consumidor.* São Paulo: Lex Editora, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 1 : parte geral.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- _____._____, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa, *Sobre associativismo, desigualdades e democracia*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 18, n. 53.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2005.
- _____. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____, GARCIA, Wander C., *Anotações ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.1: parte geral*. 40 ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História: das cavernas ao Terceiro Milênio*. São Paulo: Moderna, 1997.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações, e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 6ª ed. 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. 2 ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 2006.
- SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Revista da EMERJ, vol. 7, n. 27, 2004.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____; *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

NOTAS:

[1] Que se divide em contatos sociais e processos sociais. A respeito veja-se CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2003., p. 232.

[2] Cf. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*, 7 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 88.

[3] *Idem, ibidem*.

[4] Veja-se KERSTENETZKY, Celia Lessa, *Sobre associativismo, desigualdades e democracia*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 18, n. 53.

[5] A respeito da democracia participativa definida por J.J. Canotilho como “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos” (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, pp. 277 e 278), veja-se RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 2006, pp. 23-32, do qual fora extraída a definição.

[6] Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 350 . Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro, v.1*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258.

Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 349; Helita Barreira Custódio. *Associações e fundações de utilidade pública: seus requisitos para os efeitos da imunidade de impostos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 40.

[7] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 1: parte geral*. 40 ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005, p.155.

[8] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 1 : parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 200.

[9] GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora da defesa do consumidor*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 40.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.240.

[11] Que tratava em conjunto as sociedades e associações nos arts. 20 a 23.

[12] Veja-se PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1., p. 349; e CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256.

[13] Como acentua Maria Helena Diniz, Ob. cit., p. 359: “De Page caracteriza a associação sem fim econômico como a que se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens *materiais acessórias*, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, remuneração de certos serviços, cobrança de ingresso a conferências ou concertos, não são característicos do fim lucrativo, como balanços periódicos”.

[14] PAES, José Fernando Sabo. *Fundações, Associações, e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 6ª ed. 2006., p. 64; DINIZ, Maria Helena, Ob.cit. p. 240; GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora da defesa do consumidor*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 180

[15] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. 2 ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 319.

[16] Ob. cit., p. 241

[17] SLAIBI FILHO, Nagib. *In Revista da EMERJ*, vol. 7, n. 27, 2004, p. 42.

[18] Veja-se ARAÚJO, Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166.

[19] Cf. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 267.

[20] SLAIBI FILHO, Nagib. *Revista da EMERJ*, vol. 7, n. 27, 2004, p. 42.

[21] Ver art. 5º, XVII, da Constituição da República.

[22] GIRARDELLI, Adriana Carvalho. Ob. cit., p. 180

[23] Ob. Cit. pp. 245-257.

[24] Conforme José Eduardo Sabo Paes “vedada estará a formação de: a) associação com fins ilícitos, proibidos por lei, cujas atividades forem atentatórias à moral, aos bons costumes e à ordem pública; b) *societas criminis*, conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um determinado crime. Trata-se da coautoria, em que se punem os agentes individualmente, de acordo com sua participação na consumação do delito acertado; c) *societas sceleris*, ou seja, associação que tem por finalidade reunir malfeitores para a prática de crimes, organizar quadrilhas (CP, art. 288) ou tramar conspiração; d) associação política paramilitar, que busca a realização de objetivos políticos com organizações de caráter militar (CF de 1988, arts. 5º, XVII, *in fine*, e 17, §4º).” Ob. cit., p. 62.

[25] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pp. 353 e ss.

[26] *Idem*, ob. cit., p. 357.

[27] Estas começaram a surgir na Inglaterra a partir de 1824, ano em que fora aprovado pelo Parlamento inglês o direito, para as classes populares, à livre associação, que antes era garantido apenas às classes dominantes. Ver FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 18-19.

[28] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit., p. 359.

[29] *Idem, ibidem.*

[30] MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1999, pp. 148-153.

[31] BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit., p. 355.

[32] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, Ob. cit., p. 350.

[33] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 349.

[34] “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

[35] “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;”

[36] “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

[37] A doutrina também inclui as sociedades, como expressão do direito de livre associação, veja-se, por exemplo, as lições de José Celso de Mello Filho, comentando a Constituição revogada: “O direito de associação, por isso mesmo, se erige em instrumento de ação multiforme,

podendo revestir-se de caráter empresarial, cultural, filantrópico, sindical, político. A regra constitucional protege as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador”. *Constituição Federal anotada*, cit., p. 476, *apud* ARAÚJO, Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.166; A propósito já julgou o Colendo Supremo Tribunal Federal: “Cabe enfatizar, neste ponto, que as normas inscritas no art. 5º, incisos XVII a XXI da atual Constituição Federal protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou a dissolução compulsórias das associações. Mesmo a atuação judicial encontra uma limitação constitucional: apenas as associações que persigam fins ilícitos poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou suspensas. Ato emanado do Executivo ou do Legislativo, que provoquem a compulsória suspensão ou dissolução de associações, mesmo as que possuam fins ilícitos, serão inconstitucionais.” (ADI 3.045, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 10-8-05, *DJ* de 1º-6-07).

[38] SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.452.

[39] “Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:”

[40] GIRARDELLI, Adriana Carvalho, *Ob. cit.*, p. 169.

[41] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 466

[42] MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 69.

[43] CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 67.

[44] SILVA, José Afonso da, *Ob. cit.*, p. 268.

[45] Veja-se BASTOS, Celso Ribeiro. *Ob. cit.*, p. 355, e ARAÚJO, Luiz David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167/168.

[46] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 562.

[47] Cf. SILVA, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007,

p. 267.

[48] Veja-se BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 614-615.

[49] Nesse sentido, TAVARES, André Ramos, Ob. cit., p. 563.

[50] Ver também os casos previstos no art. 5º, da Lei n. 7.347/85, no art. 82 da Lei n. 8.078/90 e no art. 5º, LXX, da Constituição Federal.

[51] *In Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 813.

[52] Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

[53] Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

[54] Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

[55] SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 349.

[56] *Idem, ibidem*.

[57] SARAIVA, Renato. Ob. Cit. p. 350.

[58] § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho

[59] SPITZCOVSKY, Celso; MOTA, Leda Pereira da. *Direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 514.

[60] *Curso...*, p. 912.

[61] Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA

IVO ANDRADE SOUZA JÚNIOR:
Advogado. Graduado em Direito pela
Universidade Católica do Salvador. Pós-
graduado em Direito Processual Penal.

RESUMO: O presente texto tem por objetivo analisar a Lei de Prisão Temporária. Inicia explicando a origem do referido diploma normativo e segue demonstrando que a liberdade da pessoa humana é gravemente vulnerada em nome da ineficiência da investigação. Por fim, expõe a incompatibilidade da lei com princípios e garantias constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 7.960/89, prisão temporária, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, medida provisória 111/89, prisão cautelar, investigação, ineficiência do Estado.

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- O surgimento da Lei nº 7.960/89; 3- A ineficiência investigativa da época *versus* liberdade da pessoa humana; 4- “Imprescindível para as investigações”: conceito impreciso; 5- A Lei nº 7.960/89 diante da garantia do devido processo legal; 6- Considerações Finais.

1- INTRODUÇÃO:

A Lei de prisão temporária sempre foi criticada, sob o argumento de que é inconstitucional formal e materialmente. Por essa razão, é necessário estudá-la, confrontá-la com as garantias constitucionais e demonstrar que – em razão dessa lei – a liberdade da pessoa humana é gravemente vulnerada em nome da ineficiência investigativa, o que é inaceitável num Estado Democrático de Direito.

2- O SURGIMENTO DA LEI Nº 7.960/89:

A Lei de Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89) foi originada da Medida Provisória nº 111/89, editada no período Sarney. À época, a redação original do artigo 62 da Constituição Federal de 1988 estabelecia os requisitos “relevância” e “urgência” para edição de Medida Provisória, porém não fazia limitações quanto às matérias que poderiam ser tratadas pela referida medida. Segundo Freitas (2009), a não catalogação das matérias abordáveis por medida provisória, indubitavelmente, encorajou a Presidência da República a editar a MP 111/89.

Para Távora, não houve sequer os requisitos relevância e urgência para a edição da Medida Provisória 111/89 (convertida na Lei de Prisão Temporária). Para o citado autor:

A temporária ingressou no ordenamento por iniciativa do executivo, dissociada não só do fator relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial –, sem lei no sentido estrito, como ato inerente ao Poder Legislativo (TÁVORA, 2014, p. 745).

Segundo Lopes Júnior (2017), essa Medida Provisória surgiu em atendimento aos pleitos da polícia judiciária brasileira (que se viu fragilizada com a nova ordem constitucional). Por conta desse apelo, surgiu a referida MP – convertida posteriormente em lei –, satisfazendo aos interesses da atividade policial, pois, sob a expressão literal da lei: “imprescindível para as investigações do inquérito”, a polícia poderia dispor do imputado como bem entendesse.

Embora tivesse força de lei, a Medida Provisória 111/89 não era lei formal e, por essa razão, tornou-se discutível a sua legitimidade justamente por seu vício de origem. À época, criticou-se esse ato do Executivo, sob a justificativa – em linhas gerais – de que a Presidência da República não poderia legislar, principalmente no que se refere a matérias que afetam às garantias individuais, como a liberdade. O Conselho Federal da OAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar (ADIMC nº 162) contra o Presidente da República, objetivando a declaração da inconstitucionalidade da referida MP. O pleito foi rejeitado por oito votos a dois, e o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade da Medida Provisória em questão, a qual foi posteriormente convertida na Lei nº 7.960/89.

O voto vencido do Ministro José Celso de Mello Filho:

a privação, mesmo que cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa [...] a indenização patrimonial dos agravos sofridos pela pessoa em seu *status libertatis* não pode ser vista e nem invocada

como o expediente legitimador das medidas provisórias em sede penal e em tema de liberdade individual [...] (WALMER DE FREITAS, 2009, p. 9).

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o artigo 62 da Constituição Federal sofreu alteração e finalmente excluiu a possibilidade de o Poder Executivo editar Medida Provisória que verse sobre matéria penal, processo penal, civil, entre outras.

Segundo Rangel (2013), o referido diploma legal traz um vício de iniciativa que não é corrigido pela conversão da medida em lei. Para o citado autor, a prisão temporária (prevista na Lei 7.960/89) lembra a prisão para averiguação, da época da ditadura, através do instituto da contravenção de vadiagem, em que o indivíduo era preso para se investigar um outro delito.

3- A INEFICIÊNCIA INVESTIGATIVA DA ÉPOCA VERSUS LIBERDADE DA PESSOA HUMANA:

A partir da análise da Lei de Prisão Temporária, pode-se perceber que o Estado, em face de sua ineficiência para investigar uma infração penal, sacrifica a liberdade do indiciado para tentar incriminá-lo. Ainda que os motivos invocados pelo legislador fossem o crescimento da violência e a necessidade de dar mais eficiência à polícia, o ato extremo de privação da liberdade de uma pessoa para, só após, investigá-la não se sustenta diante da ordem constitucional de 1988.

Para Rangel:

a prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados (RANGEL, 2013, p. 832).

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamento a

soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Logo, o fundamento da dignidade da pessoa humana deve ser, assim como os outros fundamentos, a base sobre a qual deve estar constituída a República Federativa do Brasil. Conforme Silva (2006), faltando um dos referidos fundamentos, não se caracteriza como Estado Democrático de Direito.

No caso da prisão temporária, o Estado não pode justificar essa medida extrema pela eventual impotência da atividade investigativa, ou seja, a pessoa não pode pagar o preço de sua liberdade para que se iniciem as investigações. Há, nitidamente, uma inversão da ordem das coisas, e admitir tal possibilidade é vulnerar gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana e consentir em atitudes típicas de Estados antidemocráticos.

Ademais, nos dias de hoje, os recursos tecnológicos postos à disposição para a atividade investigativa revelam a desnecessidade dessa medida (prisão).

4- “IMPREScindÍVEL PARA AS INVESTIGAÇÕES”: CONCEITO IMPRECISO.

A expressão “imprescindível para as investigações” não possui um conceito preciso, estando sujeita a toda sorte de interpretações, umas mais extensivas, outras mais restritivas. Nesse ponto é que a citada lei abre um leque de possibilidades para o cometimento de abusos por parte de delegados, promotores e juízes. Citando Gamil Föppel e Gisela Borges a respeito do tema: “o que se mostra imprescindível para alguém, pode revelar-se não só como desnecessário, mas inadmissível para outrem”.

Atualmente, segundo Lopes Júnior (2017), muitas prisões temporárias são ilegalmente decretadas com o objetivo de ouvir o suspeito ou para haver “agilização” da investigação, ou, ainda, para impedir que o suspeito possa destruir provas, mesmo sem base concreta para tanto.

Ora, o indivíduo que é preso em decorrência dessa lei está protegido pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ele não está obrigado a praticar nenhum ato probatório que lhe possa prejudicar. Logo, é ilegal a prisão que tem por objetivo ouvir o suspeito.

Igualmente, é ilegal a prisão que busca “agilizar” a investigação policial, pois a liberdade da pessoa não deve, nos Estados Democráticos, ser suprimida sob a justificativa de agilizar a atividade investigativa.

Desse modo, a prisão temporária viola o princípio da dignidade da pessoa humana porque faz da prisão a regra, com o objetivo de investigar uma infração penal, expondo o indiciado à tortura física, psicológica e maus-tratos de todo gênero.

5- A LEI 7.960/89 DIANTE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LIV, enuncia: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para Moraes (2012), a garantia do devido processo legal significa proteção ao indivíduo, expressando-se na proteção ao direito de liberdade, na garantia de paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa.

Deve-se ressaltar que essa modalidade de prisão não foi criada para estar a serviço de processo judicial, e sim para promover a investigação. Portanto, estando essa espécie de prisão a serviço unicamente da atividade investigativa, temos que esse tipo de constrição de liberdade vai de encontro à garantia constitucional do devido processo legal, pois a finalidade da privação da liberdade reside na investigação, e não no processo. Na lição de Lopes Júnior:

A prisão temporária possui uma cautelaridade voltada para a investigação preliminar e não para o processo. Não cabe prisão temporária (ou sua permanência) quando já tiver sido concluído o inquérito policial. Então, se já houver processo ou apenas tiver sido oferecida a denúncia, não pode permanecer a prisão temporária. [...] Trata-se de uma prisão finalisticamente dirigida à investigação e que não sobrevive no curso do processo penal, por desaparecimento de seu fundamento. Encerrada e investigação preliminar, não se pode mais cogitar de prisão temporária (LOPES JÚNIOR, 2017, ps. 676 e 677).

Ainda segundo o autor:

as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. [...] pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 645).

Dessa forma, a prisão temporária fere gravemente a garantia do devido processo legal porque essa modalidade de prisão não está a serviço do processo judicial; está, porém, a serviço da atividade investigativa, que, à época da edição da lei, era ineficiente. É, portanto, espécie de prisão que não pode ser taxada de cautelar, pois só é cautelar a medida que tem por finalidade servir ao processo de conhecimento, isto é: ser instrumento a serviço do processo. Nessa mesma linha, ensina Delmanto Júnior:

Acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório (DELMANTO JÚNIOR, 2003, *apud* LOPES JÚNIOR, 2017, p. 645).

Além do mais, pode-se igualmente inferir que a Lei nº 7.960/89 vulnera o princípio da presunção de inocência, porque a privação da liberdade do indiciado com base nesse diploma normativo não se constitui nem em prisão pena nem em prisão cautelar. Desse modo, resta concluir que se trata de presunção de culpa.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Portanto, a ineficiência investigativa da época serviu como pano de fundo para a edição da lei, pois sob a expressão “imprescindível para as investigações” a polícia poderia dispor do imputado como bem entendesse. No entanto, a liberdade da pessoa humana não pode ser vilipendiada em nome da ineficiência investigativa,

primeiro porque fere princípios e garantias constitucionais; segundo porque, nos dias de hoje, os recursos tecnológicos a serviço da investigação acabam por revelar a desnecessidade dessa medida.

A prisão temporária introduziu uma ordem invertida no nosso sistema: primeiro prende para depois investigar. Essa inversão fere o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo em ato típico de Estados antidemocráticos e, por isso mesmo, não deveria estar legitimada entre nós. Além disso, essa modalidade de prisão não está finalisticamente a serviço do processo judicial, e sim da investigação, o que acaba desnaturando a sua natureza cautelar e vulnerando a garantia do devido processo legal. Por consequência, é possível também inferir que esse tipo de prisão deságua na presunção de culpa, já que não consiste nem em prisão pena nem em prisão cautelar.

REFERÊNCIAS:

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012;

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013;

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. Salvador: jusPODIVM, 2014;

FÖPPEL, Gamil. BORGES, Gisela. **Dromologia, prisão temporária e estigmatização: o processo penal como pena**. Disponível em: Acesso em maio de 2016.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPLICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

PRISCILA HELENA SOARES PIAU: Ensino Superior Completo - Universidade de Brasília (UnB). Cargo de Técnico Judiciário Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar as evoluções operadas pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) quanto à temática dos honorários advocatícios. Inicialmente, far-se-á um breve histórico sobre a polêmica e já encerrada problemática da titularidade da verba honorária, levando-se em consideração as disposições do *novel* diploma, o qual expressamente reconhece os honorários como direito autônomo dos advogados, sejam eles públicos ou privados. Mais à frente, pretende-se adentrar propriamente à seara jurisprudencial, a fim de demonstrar a natureza em que enquadrados os honorários e suas repercussões no campo prático. Por fim, busca-se trazer à baila um dos maiores avanços da nova legislação processual civil no campo da Advocacia Pública, qual seja, a positivação do direito dos advogados públicos à verba de sucumbência.

PALAVRAS-CHAVE: novo Código de Processo Civil, honorários advocatícios, titularidade, direito autônomo, advogados, natureza e repercussões, Advocacia Pública.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Honorários advocatícios no novo Código de Processo Civil. 2.1. Titularidade da verba honorária. 2.2. Honorários como verba de natureza alimentar. 2.3. Direito dos advogados públicos à verba honorária. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) evoluiu ao consagrar os honorários advocatícios como direito autônomo dos advogados, sejam eles públicos ou privados. Antes, porém, por força de previsão inserta no Código anterior, entendia-se legítimo o entendimento

no sentido de considerar a verba honorária como direito da parte vencedora na ação judicial.

Embora hodiernamente não haja dúvidas de que a verba de sucumbência pertença aos advogados, importante que se faça um resgate histórico, ainda que breve, para demonstrar a evolução operada no campo legislativo no que pertine à titularidade dos honorários advocatícios, com ênfase no Código de 1973, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e no Código atual.

Como será demonstrado no primeiro capítulo, em razão do reconhecido caráter autônomo, os honorários podem ser executados pelos causídicos em ação própria, independentemente da sucumbência principal. Este entendimento, inclusive, espalhou-se no campo público, de modo que a jurisprudência chancela a possibilidade de expedição de precatórios apartados destinados ao adimplemento da verba honorária.

Não bastasse o caráter autônomo da sucumbência, a jurisprudência dos Tribunais Superiores atribuiu a essa verba natureza alimentar, equiparando-a ao crédito trabalhista para fins de habilitação no procedimento de falência e revestindo-a de impenhorabilidade, nos termos do art. 833 da Lei 13.105/2015.

Nada obstante à regra da impenhorabilidade, tem-se não ser pertinente interpretá-la de forma absoluta, especialmente quando se tem em mente não existir melhor saída para o adimplemento das dívidas senão a utilização da renda do devedor. Nesse cenário, entende-se legítima a constrição desse crédito nas hipóteses de prestação alimentícia e quando excessivo o montante, este último defendido diante do viés de subsistência, bem jurídico a que visa tutelar a norma legal.

Outra importante evolução operada no campo nos honorários advocatícios, que será tratada melhor adiante, diz respeito à consagração do direito dos advogados públicos à verba de sucumbência, conforme inserto no § 19 do art. 85 do NCPC. Tal previsão legal, contudo, não implicou violação à regra do subsídio, prevista no art. 39, § 4º, da

Constituição Federal, especialmente por não integrar a remuneração pública, não confundindo com as despesas ou receitas públicas.

2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), vários entendimentos antes controversos na doutrina e na jurisprudência foram pacificados diante de expressa previsão legal. Um deles reside no reconhecimento aos advogados, sejam eles públicos ou privados, do direito autônomo ao recebimento dos honorários.

Nesse cenário, o presente trabalho se propõe a apresentar, inicialmente, a evolução legislativa em torno da temática de titularidade da verba de sucumbência. Após, adentrar-se-á na seara jurisprudencial com vistas à análise da natureza alimentar reconhecida a esta verba. Por fim, analisará o alcance dos honorários à classe de advogados públicos.

2.1. TITULARIDADE DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA

Historicamente, ao se estabelecer a condenação, a lei processual buscou restituir a parte vencedora dos gastos por ela empreendidos com o ajuizamento da demanda judicial, dentre eles, os honorários advocatícios. Ora, nada mais justo, do que a parte vencida retribuir à parte que logrou êxito na demanda de todas as despesas processuais por essa despendida no momento da propositura da ação.

Partindo desse viés ressarcitório, o Código de Processo Civil de 1939 dispôs, em seu art. 64, que ao vencido caberia pagar os honorários do advogado da parte contrária, mas limitou o pagamento apenas às situações em que configurado o dolo ou a culpa, contratual ou extracontratual^[1]. Mais tarde, com a promulgação da Lei 4.632/65, alterou-se a redação do dispositivo referido, de modo a dispensar a exigência de dolo ou culpa, e apenas estabelecendo que a fixação fosse feita de forma moderada e motivadamente^[2].

Seguindo este entendimento, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) também dispôs, em seu art. 20, que “a sentença condenará o

vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. Dessa forma, ainda segundo o Código anterior, os honorários deveriam ser pagos pela parte vencida à parte vencedora, e não aos seus advogados, previsão legal que dificultava a efetivação do direito dos advogados ao recebimento dos honorários.

Todavia, conforme se constata, a fixação dos honorários de sucumbência nunca esteve atrelada à comprovação de dispêndio pela parte vencedora na demanda, com a remuneração de seu causídico, a ponto de se fazer legítima essa linha ressarcitória. Muito pelo contrário, os honorários são fixados de acordo com o êxito no trabalho desenvolvido em juízo. Tanto é assim que o CPC/73 previa como critérios para a estipulação da verba o grau de zelo profissional, a complexidade da causa e o tempo despendido na demanda.

Levando isso em conta, aparente antinomia se instalou, quando da eclosão da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que assegurou o direito do advogado ao recebimento dos honorários, sejam os convencionais, os fixados por arbitramento judicial e/ou sucumbenciais:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Diante da existência de previsão legal nos dois sentidos, seja assegurando direito ao recebimento pela parte, seja garantindo este direito ao seu patrono, a doutrina e a jurisprudência oscilavam, tendo a Suprema Corte se manifestado na ADI nº 1194/DF a favor do previsto no art. 20 do CPC/73, que reconhece à parte o direito à verba de sucumbência, senão vejamos:

Penso, na linha do Ministro Peluso, que essa sistemática possui uma matriz constitucional. **Ao alterar a disposição que constava do**

Código de 1973, a lei acabou por comprometer um dos princípios basilares desse modelo, dando ensejo a um indevido desfalque do patrimônio do vencedor. É evidente que a decisão legislativa contida na disposição impugnada acaba por tornar, sem justificativa plausível, ainda mais onerosa a litigância, e isso é ofensivo ao nosso modelo constitucional de prestação de justiça.

Pode-se dizer o mesmo quanto ao contexto brasileiro. Incrementar custos de litigância “sem uma justificativa plausível” – para usar as palavras do Ministro Gilmar Mendes – é atentatório ao princípio da proteção judiciária. **Não é plausível, assim, que uma lei cujo objetivo seja regular prerrogativas para a nobilíssima classe dos advogados estabeleça que não cabe à parte vencedora, seja ela empregadora ou não, os honorários de sucumbência.** Tais honorários visam justamente a que a parte vencedora seja ressarcida dos custos que tem com o advogado, empregado seu ou contratado. Os dispositivos impugnados, ao disciplinarem que a verba de sucumbência pertence ao advogado, não promovem propriamente a *rule of law*, mas o *rule of lawyers*. Com isso, não se incrementa a proteção judiciária, mas apenas se privilegia certa classe de profissionais que devem atuar sempre em interesse da parte que representam, de acordo com as regras de conduta da advocacia. (Grifou-se)

Todavia, o novo Código de Processo Civil pôs fim a qualquer dúvida no que concerne à temática relativa à titularidade da verba de sucumbência ao prever expressamente no *caput* e § 14 do art. 85, que os honorários são direito do advogado e têm caráter alimentar:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos

oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. (Grifou-se)

Ao sedimentar a ideia de que a verba pertence ao causídico da parte vencedora, a Lei nº. 13.105/2015, aparentemente, consagra um direito que já se encontrava legitimamente positivado no art. 23 do Estatuto da OAB, além disso reconhece a importância da advocacia, enquanto função essencial à justiça.

Não bastasse a previsão legal, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também vem caminhando no sentido de reconhecer que os honorários de sucumbência constituem direito autônomo dos advogados, *in verbis*:

(...) 1. A orientação jurisprudencial sedimentada nesta Corte Superior é de que, **"De acordo com o Estatuto da Advocacia em vigor (Lei nº 8.906/94), os honorários de sucumbência constituem direito autônomo do advogado** e têm natureza remuneratória, podendo ser executados em nome próprio ou nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o causídico, o que não altera a titularidade do crédito referente à verba advocatícia, da qual a parte vencedora na demanda não pode livremente dispor" (REsp 1.102.473/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2012, DJe de 27/08/2012) (AgInt nos EDcl no REsp 1318440/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 27/03/2017)

(...) 1. Na hipótese dos autos, o entendimento do Tribunal de origem está em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que **os honorários constituem direito autônomo do causídico**, que poderá executá-los nos próprios autos ou

em outra ação, seguindo rito distinto do crédito principal. 2. O patrono dos exequentes ostenta legitimidade para requerer, nos próprios autos da execução de sentença proferida no processo em que atuou, o destacamento da condenação dos valores a ele devido a título de honorários sucumbenciais ou contratuais, sendo certo que, nesta última hipótese, deve proceder à juntada do contrato de prestação de serviços advocatícios, consoante o disposto nos arts. 22, § 4º, e 23 da Lei 8.906/94. Precedentes. (AgInt no REsp 1605280/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 14/10/2016) (Destacou-se)

Por se tratar de direito autônomo, admite-se à execução da verba honorária separadamente do montante principal, ou nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o causídico, sem, contudo, alterar a titularidade do crédito. Nessa linha, também se orienta a jurisprudência da Suprema Corte, no caso específico de condenações contra a Fazenda Pública, conforme excerto abaixo:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EXECUÇÃO – PRECATÓRIO. Mostra-se autônoma a obrigação da Fazenda de pagar honorários advocatícios a que condenada em sentença, cabendo o implemento mediante precatório, cujo credor é o advogado, ou, se for o caso, requisição de pequeno valor. Precedente: Recurso Extraordinário nº 564.132/RS, Repercussão Geral, Pleno, relator ministro Luiz Fux, redatora do acórdão ministra Cármen Lúcia. (RE 502656 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014) (Grifou-se)

Outra reverberação do fato de se tratarem os honorários de direito autônomo reside na impossibilidade de compensá-los quando houver

sucumbência recíproca, entendimento este que se encontra expressamente previsto no §14 do art. 85, o que implica reconhecimento de superação da tese firmada pelo STJ no enunciado sumular nº. 306[3], ainda que ausente sua revogação. Sobre o tema, defende Elpídio Donizetti:

Quanto à possibilidade de compensação desses honorários em razão da sucumbência parcial ou recíproca, **já expressávamos entendimento no sentido de que o art. 23 do Estatuto da OAB havia revogado parcialmente a parte final do art. 21 do CPC/1973, tornando impossível a compensação de tal crédito, já que a titularidade dessa verba foi expressamente conferida ao advogado. Reforçando esse entendimento, a parte final do §14 do art. 85 veda a compensação de honorários em caso de sucumbência parcial.** Dessa forma, sempre que houver condenação em sucumbência recíproca ou parcial, deverá o magistrado fixar os honorários em favor do advogado, condenando as partes a efetuarem os respectivos pagamentos, sem qualquer possibilidade de compensação.[4] (Destacou-se)

Por todo o exposto, é certo que os honorários pertencem aos advogados, e como direito autônomo, que são, podem ser executados independentemente da sucumbência principal, situação que repercute, inclusive, no campo da Fazenda Pública, legitimando o requerimento por parte dos causídicos para a expedição de precatórios separados do valor principal devido à parte material da relação processual.

2.2. HONORÁRIOS COMO VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR

Quanto à natureza de verba alimentar, antes mesmo do advento do novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do repetitivo, analisou a matéria fixando a seguinte tese:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. 1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) **Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência**, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal. 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005. 2. Recurso especial provido. (REsp 1152218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014)

Como se observa, por possuir natureza alimentar, os créditos resultantes de honorários advocatícios são equiparados aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Além disso, outra reverberação decorrente do reconhecimento desta natureza reside na impossibilidade de os submeter à penhora, salvo em caso de prestação alimentícia e quando envolver valores exorbitantes, conforme entendeu o Min. Mauro Campbell:

(...) 2. **Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar e destinam-se ao sustento do advogado e de sua família, portanto são insuscetíveis de penhora (art. 649, IV do CPC).** 3. "Todavia a regra disposta no art. 649, inciso IV, do CPC não pode ser interpretada de forma literal. Em determinadas circunstâncias é possível a sua relativização, como ocorre nos casos em que os honorários advocatícios

recebidos em montantes exorbitantes ultrapassam os valores que seriam considerados razoáveis para sustento próprio e de sua família. Nesses casos, a verba perde a sua natureza alimentar e a finalidade de sustento." (REsp 1264358/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014). Em igual sentido: REsp 1356404/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 23/08/2013 (...) (AgRg no REsp 1557137/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015)

Outro também não tem sido o entendimento externado pela Suprema Corte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO.** REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (RE 564132, Relator: Min. EROS GRAU, Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015 EMENT VOL-02765-01 PP-00001)

Assim, conforme remansosa jurisprudência, não há dúvidas sobre a natureza alimentar da verba honorária.

2.3. DIREITO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS À VERBA HONORÁRIA

Em que pese o art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prescrever que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado, foi promulgada a Lei 9.527/1997 que restringiu o alcance desse dispositivo, desta forma:

Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Assim, o entendimento que vigorava era de que, se o advogado atuava como servidor público, não fazia jus aos honorários de sucumbências, nesse sentido era a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. RELAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. RESERVA EM FAVOR DO ADVOGADO QUE ATUOU NO FEITO. 1. A quaestio iuris trazida aos autos indaga sobre a interpretação conferida ao art. 4º da Lei n. 9.527/97, que traz exceção à regra geral do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a qual os honorários de sucumbência pertencem ao advogado, no caso de causídico que não atua a serviço da Administração Pública. 2. O art. 23 do Estatuto da OAB rege que "Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor". 3. A Lei n. 9527/97, em seu art. 4º, estabelece que as "disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à

Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista". 4. **"A jurisprudência desta Corte tem apontado no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, ou as empresas públicas, ou as sociedades de economia mista, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade."** (REsp 1.213.051/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 8.2.2011). Agravo regimental provido. (AgRg no AgRg no REsp 1251563/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011) (Grifou-se)

Entretanto, com a vigência do novo Código de Processo Civil dúvidas não remanescem sobre o direito dos advogados públicos ao recebimento da verba honorária, conforme consta do § 19 do art. 85 da Lei 13.105/2015^[5], previsão legal essa que contribuiu, sobremaneira, para a valorização da advocacia pública enquanto função essencial à justiça e à defesa dos interesses da coletividade, conforme destacado por Ophir Cavalcante:

Estamos vivenciando uma quadra em que a malversação do dinheiro, nas mais variadas e criativas formas, deixam a sociedade perplexa. Essa perplexidade deve ser substituída não por uma esperança de mudança, mas por atos concretos que imponham uma nova visão a respeito da administração pública. Não se pode conviver com o estigma de que a administração pública 'não tem

dono. O 'dono' é o povo, para quem deve ser informado onde são aplicados os recursos oriundos de uma carga tributária extremamente pesada. É preciso dar efetividade ao preceito constitucional de que há controle sobre esses gastos. É nesse ponto que se sobressai o papel do advogado público. Dar efetividade à sua missão institucional implica evitar os mais variados escândalos que põem em descrédito as instituições e a própria Administração. **Portanto, o prestígio e a importância do advogado público estão ligadas à defesa do erário, da legalidade, da moralidade, da transparência, da eficiência, gerando os benefícios que deveriam ser originados pelas ações estatais ao povo.** A responsabilidade atrelada com o Poder Público – e não com seus governantes – é inegavelmente heroica por ser incumbida do controle da legalidade dos atos da Administração e da defesa de interesses em juízo, não poderia estar mais acertada a alocação constitucional da advocacia pública dentre as Funções Essenciais à Justiça. (...) **E, se tratando de uma tarefa hercúlea, não seria digna do recebimento de honorários? Se os honorários de sucumbência, desde a sua criação até os dias atuais, destinam-se a agraciar os dignos e merecedores, como dizer que determinados profissionais que atendem, com louvor, a essas condições sejam tratados de forma díspar?**[\[6\]](#) (Grifou-se)

Na defesa dos honorários dos advogados públicos, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Comissão Nacional da Advocacia Pública, aprovou enunciado sumular, em que sustenta o direito autônomo dos advogados públicos aos honorários[\[7\]](#), corroborando a tese a própria Advocacia-Geral da União possui entendimento sedimentado sobre a matéria, conforme PARECER nº. 1/213/OLRJ/CGU/AGU, de 18 de março de 2013[\[8\]](#).

Nesse sentido, também é a jurisprudências do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. HABILITAÇÃO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. INAPLICABILIDADE DO CTN E DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N° 13.327/2016. VERBA DO ADVOGADO PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO AOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. I. A insubmissão a concurso de credores representa garantia que se aplica somente aos créditos tributários e aos inscritos em Dívida Ativa. O Código Tributário Nacional (artigo 187) e a Lei de Execução Fiscal (artigo 29) constituem normas especiais, com objeto determinado. II. As demais prestações pecuniárias em favor da Fazenda Pública seguem a legislação geral, especificamente a necessidade de habilitação em recuperação judicial ou falência (artigo 49, caput, da Lei n° 11.101/2005) III. Os honorários de sucumbência que Gráfica Silfab Ltda. deve à União obedecem ao último regime: como não possuem natureza tributária, nem foram inscritos em Dívida Ativa, precisam ser habilitados no procedimento de recuperação judicial do devedor. IV. **Ademais, com a edição da Lei n° 13.327/2016, os honorários advocatícios de sucumbência passam a pertencer aos membros da Advocacia Pública (artigo 29), nos moldes previstos aos procuradores em geral. Não mais podem ser associados a recurso público.** V. **Assuem, na verdade, o status de contraprestação profissional, cujo único diferencial, na recuperação judicial e na falência, é a assimilação aos direitos decorrentes da legislação do trabalho (artigo 85, §14°, do novo CPC).** A habilitação e a anexação ao quadro geral de credores permanecem. VI. Diferentemente do que sustenta a União, Gráfica Silfab Ltda. comprovou o processamento da reabilitação empresarial. O extrato processual indica impugnações de crédito, o que pressupõe o deferimento judicial. VII. Agravo de instrumento a

que se nega provimento. (TRF/3ª Reg., **AI 00285165420134030000**, Rel. Des. Federal ANTONIO CEDENHO, 3ª T., e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2016) (Destacou-se)

Dessa forma, incontestemente se torna a tese de que aos advogados públicos pertencem os honorários. No que tange à natureza da **verba**, certo é que não se confunde com o subsídio percebido pelos membros da Advocacia-Geral da União, de acordo com os arts. 135 e art. 39, §4º, ambos da Constituição Federal:

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

Art. 39, § 4º. **O membro de Poder**, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais **serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única**, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Destacou-se)

Com a criação da remuneração por subsídios, introduzida na Magna Carta pela Emenda Constitucional nº. 19/1998, objetivou-se tornar mais visível e controlável a remuneração dos agentes públicos, inibindo que novas e distintas parcelas se agregassem de maneira a aumentar-lhes o montante. Nesse sentido, preconiza a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com o intuito de tornar mais visível e controlável, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada subsídio. Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio de pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas

e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie^[9]. (Destacou-se)

Assim, sendo remunerado via subsídio, é defeso o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Nesse ponto, é importante que fique claro que, com o pagamento dos honorários, não se pretendeu, tampouco houve violação à regra dos subsídios, que continua inalterada, já que nada impede que, além do subsídio, os advogados públicos percebam outras verbas decorrentes de fontes diversas.

Não há que se considerar os honorários como parte da remuneração dos advogados públicos, já que, como visto, esta verba não se origina dos cofres públicos, mas sim da sucumbência da parte vencida. A este respeito, vale mencionar a lição de Kiyoshi Harada, que explica a impossibilidade de se considerar os honorários como vencimentos, não sendo verba pública, tampouco como vantagem pecuniária:

Os honorários pagos pela parte sucumbente não constituem verba pública. Eles têm natureza jurídica de verba pessoal do procurador decorrente da relação jurídica de natureza civil, nos exatos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Sustentar que a verba honorária tem natureza de vencimento é o mesmo que afirmar que o procurador tem uma parte de seus vencimentos paga por um particular, o sucumbente em processo judicial, incorrendo em violação do elementar conceito do que sejam vencimentos, que exige fixação do respectivo valor por lei como contrapartida pelo exercício do cargo ou função pública.** Basta atentar para a origem da **verba honorária**, como antes afirmado, para se concluir que **ela não corresponde à retribuição pecuniária pelo exercício do cargo de Procurador.** E mais, **se a verba honorária for uma vantagem pessoal paga pelo Poder Público, como querem parte da doutrina e das decisões judiciais de**

primeira instância, é preciso, antes de mais nada, que ela tenha sido incorporada ao erário como receita pública. E receita pública não o é, pois a verba honorária paga pela parte que sucumbiu na ação contra o Poder Público sequer tem enquadramento na Lei nº 4.320/64, quer na categoria econômica de receitas correntes, quer na categoria econômica de receitas de capital (§§ 1º e 2º, do art. 11)[10]. (Destacou-se)

Outrossim, o art. 23 da Lei 8.906/1994 não deixa dúvidas de que os honorários de sucumbência são exclusivamente dos advogados. Além de pertencer ao causídico, seu recebimento não é fixo, nem necessariamente periódico, tampouco integra a remuneração ordinária derivada da mera prestação do serviço, porquanto condicionada a incerto e eventual êxito em demanda judicial.

Ora, quem custeia os honorários de sucumbência é a parte vencida no processo, e não a União Federal, fonte pagadora do advogado público, circunstância que impede qualquer confusão desta verba com a contraprestação pecuniária em razão da prestação de serviço.

Sabe-se que o exercício do cargo de advogado público leva ao pagamento da remuneração, a qual não depende dos êxitos da sucumbência. Nessa esteira, tem-se que a remuneração dos advogados públicos por meio de subsídio corresponderia, hipoteticamente, aos honorários contratados, pagos diretamente pelo cliente, na hipótese o Estado, não sendo eventual ou aleatória. Nessa linha, é o escólio de Murillo Giordan Santos:

Veja-se que o pagamento dos honorários contratuais depende de contrato de prestação de serviço no caso da advocacia privada; no caso dos advogados públicos, tal pagamento decorre de previsão estatutária. No caso da advocacia pública federal, o art. 40 da Lei no 8.112/90 condiciona a percepção de remuneração ao exercício do cargo e não ao êxito da sucumbência. Caso contrário, ficaria sem remuneração alguma o advogado público que não patrocinasse

qualquer causa em que o Poder Público fosse vencedor durante determinado lapso temporal. Assim, **a remuneração dos advogados privados e dos advogados públicos decorre do exercício da profissão ou do cargo, podendo vir a ser acrescida pela verba sucumbencial.** (Grifou-se)

Não sendo considerada remuneração, nem paga pelos cofres públicos, resta clara a natureza privada da verba honorária, sendo certo concluir, portanto, que não constitui despesa pública e não interfere no planejamento orçamentário. Tal entendimento foi ressaltado, mais uma vez, por Ophir Cavalcante, consoante excerto abaixo:

Os honorários de sucumbência também não constituem receita pública em sentido técnico, posto que não podem estar previstos no orçamento, já que não satisfazem as condições exigidas pelo art. 165, §8º, da CF. Trata-se, portanto, de uma receita sui generis, devida aos advogados públicos por terceiros e que não pode ser considerada parte de seu subsídio. É receita extra, paga a título de recompensa que decorre, em caráter eventual, do êxito em processos judicializados. Ora, se a verba pertence ao advogado e não advém dos cofres públicos resta concluir pela sua natureza privada, o que por decorrência lógica exclui a possibilidade de confundi-la com a sua remuneração, esta sim advinda de verba pública. (Destacou-se)

Reforçando o caráter privado da verba, tem-se que a própria Lei 13.327/2016 positiva, em seu art. 29, parágrafo único, que os honorários não integram o subsídio, o que corrobora o entendimento de se tratar de verba de natureza privada da verba, e ainda, em seu art. 35, caput, reforça tal previsão ao dispor que os valores atinentes aos honorários não transitarão pela conta única do Tesouro Nacional:

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas

federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo. Parágrafo único. **Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.**

Art. 35. Os órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotarão as providências necessárias para viabilizar o crédito dos valores discriminados no art. 30 diretamente na instituição financeira mencionada no inciso V do **caput** do art. 34, **sem necessidade de transitar pela conta única do Tesouro Nacional.** (Grifou-se)

Com essas considerações, conclui-se pela natureza privada da verba, nos termos consagrados pela legislação de regência e da própria gênese dos honorários, já que pagos por particulares, não se mostrando correto confundi-los com a remuneração percebida pelos advogados públicos em razão do exercício da função pública e advinda dos cofres da União.

3. CONCLUSÕES

Conforme demonstrado, a Lei 13.105/2015 vem pôr fim a qualquer dúvida que ainda pudesse subsistir sobre o direito autônomo dos advogados, sejam públicos ou privados, à verba honorária. Dessa forma, torna imperativa a regra segundo a qual o vencido pagará honorários advocatícios ao advogado do vencedor.

Está claro, portanto, que os honorários de sucumbência pertencem ao patrono e, em decorrência lógica, a este se confere legitimidade para executar a sentença no que lhe diz respeito, por constituir direito próprio. Não há como atribuir interpretação diversa a dispositivo legal taxativo e expresso em seus termos, não admitindo sequer interpretação restritiva ou condições para sua incidência.

Não bastasse a previsão legal ser expressa ao reconhecer o direito autônomo dos advogados aos honorários, o NCPC vai além no § 14 do art. 85 ao disciplinar se tratar de verba de natureza alimentar, indo ao encontro da jurisprudência dos Tribunais Superiores e ocasionando diversas

repercussões nos mais variados ramos do Direito, como, por exemplo, no Direito Falimentar.

Sendo verba alimentar, equipararam-se os honorários ao crédito trabalhista para fins de habilitação em falência, conferindo-lhes preferência no adimplemento das obrigações pela massa falida. Além disso, no que diz respeito à impenhorabilidade, tem-se se tratar de verba impenhorável, salvo diante de prestações alimentícias e quando conferido montante excessivo a pôr em cheque o viés de subsistência.

O NCPC não se limitou a disciplinar os honorários aos advogados privados. Muito pelo contrário, estendeu este direito aos advogados públicos, consoante previsão inserta no § 19 do art. 85. Outro não poderia ser o entendimento consagrado no texto legal, especialmente por não existir justificativas plausíveis a defender a diferenciação nesse ponto – direito aos honorários – entre os advogados públicos e privados.

Ora, a própria Ordem dos Advogados do Brasil já reconhecia aos advogados públicos o direito à verba honorária, tanto é assim que editou enunciado sumular nesse sentido. Dessa forma, ao consagrar o direito daqueles o NCPC apenas refletiu uma tendência que já se firmava no campo doutrinário e, até mesmo, na realidade prática ao se considerar a existência de diversas Procuradorias estaduais que já dividiam os honorários entre os seus membros.

No âmbito específico da Advocacia-Geral da União, tal previsão se efetivou com a regulamentação da temática pela Lei 13.327/2016, a qual atribuiu à verba natureza privada, pois paga por particulares, e não pelos cofres públicos, circunstância que distancia a verba do conceito de despesa ou receita pública, corroborando com a ideia de compatibilidade com o regime de subsídios.

Pois bem. Se a verba pertence ao patrono da parte vencedora e não provém dos cofres públicos resta concluir pela sua natureza privada, o que logicamente exclui a possibilidade de confundi-la com a remuneração,

advinda do exercício da função pública e não atrelada ao êxito obtido nas demandas judiciais.

Assim, equivocado está o entendimento que não dissocia os honorários da remuneração percebida pelos advogados públicos, notadamente diante da natureza privada da verba, e de seu caráter aleatório e eventual.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros de. RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. *Honorários de sucumbência e o novo processo civil: Fazenda Pública e o advogado público*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; Coêlho, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários Advocatícios*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Cap. 28. p. 455/475

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir; FALCETE, Eduardo. *Os honorários dos Advogados Públicos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; Coêlho, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários Advocatícios*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Cap. 27. p. 437-454.

DONIZETTI, Elpídio. *Direito Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2016, p. 304

HARADA, Kiyoshi. Teto remuneratório dos Procuradores Públicos. *Iprev*, Belo Horizonte, ano 06, n. 246, 12 dez. 2012. Disponível em: . Acesso em: 13/04/2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NOTAS:

[1] Redação original do art. 64 do CPC de 1939: Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária.

[2] CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros de. RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. *Honorários de sucumbência e o novo processo civil: Fazenda Pública e o advogado*

público. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; Coêlho, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários Advocatícios*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Cap. 28. p. 455/475

[3] Súmula 306/STJ: Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

[4] DONIZETTI, Elpídio. *Direito Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2016, p. 304

[5] Art. 85, §19, da Lei 13.105/2015: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

[6] CAVALCANTE JUNIOR, Ophir; FALCETE, Eduardo. *Os honorários dos Advogados Públicos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; Coêlho, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários Advocatícios*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Cap. 27. p. 437-454.

[7] Súmula 08/OAB: “Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida”.

[8] Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130319-01.pdf. Acesso em: 28/04/2017.

[9] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

[10] HARADA, Kiyoshi. Teto remuneratório dos Procuradores Públicos. *Ieprev*, Belo Horizonte, ano 06, n. 246, 12 dez. 2012 . Disponível em: . Acesso em: 13/04/2017.

ADVOGADO, ONDE ESTÁ VOCÊ?

ANDRÉ LUIZ PRIETO: Professor, pós-graduado em Ciências Criminais e Advogado Criminalista em Mato Grosso.

Atento aos acontecimentos recentes em nosso país, numa visão completamente apartidária, causa espanto, *indignação e repúdio o regime de supressão de direitos e garantias que está contaminando o nosso sistema de justiça, daí a provocação constante no tópico desse artigo.*

Em manifestação publicada nos três maiores jornais do país no ano passado, uma carta assinada por mais de uma centena de advogados critica de forma dura e incisiva a maneira como estão sendo conduzidos os processos na operação “Lava-jato”. O texto afirma que o Brasil passa por um período de “neoinquisição” e que, no “plano do desrespeito a direitos e garantias fundamentais dos acusados, essa operação já ocupa um lugar de destaque na história do país”.

Nesse manifesto, juristas como **Antônio Carlos de Almeida Castro, Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Aury Lopes Jr, Celso Antônio Bandeira de Mello, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando da Costa Tourinho Neto, Nabor Bulhões, Nélio Machado, Tércio Lins e Silva, dentre outros de semelhante envergadura, textualmente gritaram: “...Não podemos nos calar diante do que vem acontecendo neste caso. É fundamental que nos insurjamos contra estes abusos. O Estado de Direito está sob ameaça e a atuação do Poder Judiciário não pode ser influenciada pela publicidade opressiva que tem sido lançada em desfavor dos acusados e que lhes retira, como consequência, o direito a um julgamento justo e imparcial – direito inalienável de todo e qualquer cidadão e base fundamental da democracia. Urge uma postura rigorosa de respeito e observância às leis e à Constituição brasileira, remanescendo a esperança de que o Poder Judiciário não coadunará com a reiteração dessas violações”.**

*Passados mais de ano, absolutamente nada mudou. Li, recentemente, um artigo de **Fernando Horta**, pesquisador e professor da UnB, falando que agora um Juiz brasileiro “revoluciona” o direito no mundo, e cita algumas novidades do direito introduzidas pelo Pretor de Curitiba,*

que causa espanto até mesmo aos defensores da Lava-jato. Vejam: **a)** intimação de advogado por SMS; **b)** prazo de oito horas para apresentar defesa; **c)** intimação de cia aérea para verificar se advogado viajou em dia de audiência não ocorrida; **d)** televisionamento ao vivo de audiência sob sigilo legal; **e)** prisão provisória de 3 anos; **f)** grampo telefônico por mais de 8 meses em TODOS os advogados do escritório da defesa; **g)** deferimento de ofício de condução coercitiva (não pedida pelo mp); **h)** apropriação indevida dos bens do acusado sem comprovação de prejuízo financeiro algum; **i)** manifestações via facebook; **j)** pedidos de “apoio da mídia” para coagir réus; **k)** aceitação de delações premiadas depois de exarada sentença; **l)** vazamentos de conversas sigilosas para redes de televisão; **m)** gravações ilegais e uso do material ilegal como base de decisão interlocutória; **n)** obrigação da presença do réus nas oitivas de testemunha; **o)** atração de competência “por conexão” de todos os processos relativos ao réu; **p)** designação de parte da indenização a ser paga para entidades que não figuram nos polos da ação e não foram lesadas (mp e pf); **q)** artigo “científico” afirmando que a “flexibilização dos direitos individuais é um preço pequeno a ser pago pelo combate à corrupção”; **r)** acordos de cooperação judicial internacional sem o conhecimento ou anuência do congresso ou ministério da justiça; **s)** negação de acesso da defesa aos autos “para não comprometer acordo internacional sigiloso” feito entre o juiz e um país estrangeiro; **t)** réus que recebem percentual sobre os valores reavidos em ação e mantém bens obtidos com dinheiro de ações ilícitas com a anuência do juízo; **u)** o próprio juiz figura como “chefe de força tarefa” figurando, em realidade, no polo acusatório.

E o pior, é que esses abusos estão sendo chancelados sucessivamente por algumas de nossas Cortes, uma vez que a força da imprensa, manipulada obviamente pelos interessados, tem atuado incisivamente para criar uma pressão popular que não poupa nem mesmo o Judiciário, com todas as suas garantias constitucionais como a independência funcional. Como já lembrava o Ministro do STJ Asfor Rocha, há três anos atrás, em uma entrevista nas vésperas de sua aposentadoria, “condenar é muito fácil porque no inconsciente coletivo há expectativa de que, uma vez apontados certos desvios, não haveria necessidade de processo. E se o processo contiver algum vício, por grave que seja, teria que ser

superado. É como se dissessem: 'Mas está evidente que essa pessoa é culpada. Não precisa haver o devido processo legal'. Até porque, muito comumente, a imprensa investiga, processa e condena a um só tempo. Daí o juiz sente-se acochado a condenar também. Mas o papel do Judiciário é outro. O juiz precisa ter muito compromisso com as regras constitucionais e muita coragem cívica para aplicá-las, conduzindo o processo com isenção e serenidade."

O Pretor de Curitiba, como é chamado pelo articulista citado o Juiz que preside o feito, virou uma celebridade nacional, é endeusado e idolatrado por um grupo cada vez maior de pessoas, recebendo até correntes de oração de gente de não conhece nem mesmo o artigo 5.º da Constituição Federal que, acredito, AINDA vigore em nosso país.

Se não bastasse isso, começam a surgir os chamados "filhotes de Moro" – segundo a expressão usada pelo jornalista Paulo Henrique Amorim, do Blog Conversa Afiada -, por vários cantos desse imenso rincão que é o Brasil, que seguem fielmente a cartilha de seu mestre. Ontem mesmo, vi uma matéria chocante intitulada: "Juíza diz em artigo que existem duas justiças no Brasil: A dos juízes indicados por políticos e a dos juízes concursados"^[1], onde uma neófito magistrada, de face juvenil, posando feliz numa fotografia ao lado do seu ídolo maior, critica duramente a nossa mais alta Corte, rogando, pretensiosamente, para que não lhe colocassem no mesmo patamar de seus membros, pois pertencia há uma outra Justiça, a de verdade.

Se essa matéria de fato procede, estamos não apenas diante de uma mera infração ao Código de Ética da Magistratura e a Loman, que poderá render um incômodo processo disciplinar a sua autora, mas diante do nascedouro de uma nova Justiça - que não é tão nova assim, basta retroceder um pouco na história -, orientada pela tônica de que existem duas Justiças: uma de verdade, que faz qualquer coisa para atingir seu fim, inclusive desprezar a Lei Maior do país, e outra de mentira, que sempre busca impor limites ao Poder Punitivo do Estado, a fim de evitar abusos.

A Justiça de verdade, é popular, ganha facilmente destaque no programa de maior audiência da maior emissora de televisão do Brasil, e tem como comandante-mor um Juiz de 1.º Grau. Já a de mentira,

impopular, é atacada diariamente pelos inflamados apoiadores da primeira, com sucessivos pedidos de impeachment de seus membros que vez ou outra, ousam aplicar a Constituição Federal vigente para frear a primeira.

Sem dúvida, essa interpretação tosca representa um grave retrocesso civilizatório, com a aniquilação de garantias e direitos duramente conquistados, e uma tentativa de justicamento, como não se via nem mesmo na época da ditadura.

Luigi Ferrajoli, jurista italiano reconhecido e respeitado em todo mundo, autor da consagrada obra “*Diritto e Ragione*” (Direito e Razão: teoria do garantismo penal), afirmou que o constitucionalismo brasileiro é um dos mais avançados do mundo, mas falhou em não impedir o crescimento da [onda de populismo jurídico crescente no país que impulsionou tanto a Operação “Lava Jato”, quanto o Impeachment.](#)[2]

Ressalto, pois nunca é demais, que a crítica não vai para o combate a corrupção, que é anseio de todos, nem significa apoio a partidos de esquerda ou direita, mas sim a integridade de um sistema de justiça regidos por normas que assegurem um resultado isento de vícios que o coloquem em dúvida, como ocorreram com os sistemas medievais, inquisitórios, e autoritários, que condenaram milhares e milhares de pessoas a penas cruéis com o aplauso popular.

Essa é a explicação acadêmica, meramente acadêmica, para a provocação: Advogado, onde está você? Na verdade é difícil crer, principalmente olhando para um passado recente glorioso de lutas e conquistas, onde a OAB sempre liderou, que muitos emudeceram, seja por medo de serem taxados de apoiadores de corruptos, do PT, do Lula, contrários a Lava-jato, que hoje é “orgulho nacional” e objeto de palestras internacionais pelos seus condutores, ou mesmo pelo receio de serem impopulares no próprio contexto social em que vivem.

Vejo, que alguns advogados esqueceram que o desrespeito as garantias constitucionais de seus clientes acusados, o aniquilamento das suas prerrogativas, impedindo que exijam o devido processo legal, ofendem o Estado Democrático de Direito, base de tudo que somos e tudo

que temos. É o retrocesso da civilização a barbárie. Nos idos de 2004, no “Encontro em Defesa das Prerrogativas do Advogado”, promovido pela OAB do Paraná, chegou-se à conclusão de que aquele momento em que passavam, de desrespeito ao advogado brasileiro, era o pior do que o visto na época da ditadura militar. Naquela época, concluíram os participantes, o inimigo era visível. Hoje, entretanto, numa realidade distinta, mas não melhor, constatamos que ele vem disfarçado de democracia popular.

Ouvimos vozes isoladas tratando disso, mas que nos orgulham muito. A postura corajosa de Cristiano Zanin Martins, jovem advogado oriundo da PUC de São Paulo, que não deixou se abater pelas truculências vindas da República de Curitiba, e que fez calar os acusadores de power point – aqueles que tem convicção, mas não provas -, é um belo exemplo para os advogados que ainda se intimidam diante de um juiz inquisitor.

*Não se pode jamais esquecer, que de acordo com o que preceitua o artigo 133, da nossa Constituição Federal: “O advogado é indispensável à **administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites dada lei”. E como bem anota Paulo Saraiva, em sua obra “O Advogado não pede, Advoga”, **o Advogado é necessário à administração da Justiça, e não apenas ao Judiciário**. E complementa dizendo: “a Justiça é sempre um valor, um princípio a ser realizado concretamente.*

A negativa de participar de acordos de colaboração em processos onde a delação é claramente utilizada como instrumento de tortura física e psicológica para se alcançar a confissão, externada por alguns advogados criminalistas, espelha muito bem a alma de juristas que tem o DNA da defesa, parafraseando o que tem dito Antônio Carlos de Almeida Castro em suas conferências, e por isso são estes, de fato, indispensáveis à Justiça, e não ao Poder Judiciário.

Por fim, para aqueles que, ao reverso de tudo o que já foi dito, não vem o advogado como indispensável a Justiça, mas ao Poder Judiciário, e que embora bem intencionados na sua militância contra a corrupção, talvez não tenham a noção do tamanho das perdas sociais que ocorre quando a Lei Maior é deixada de lado, colaciono o texto poético

de Beltold Brecht “Primeiro Levaram os Negros”, para reflexão e, quiçá, reengajamento nas fileiras de resistência ao retorno do autoritarismo, mesmo que isso implique impopularidade, *verbis*:

“Primeiro levaram os negros. Mas não me importei com isso. Eu não era negro. Em seguida levaram alguns operários. Mas não me importei com isso. Eu também não era operário. Depois prenderam os miseráveis. Mas não me importei com isso. Porque eu não sou miserável. Depois agarraram uns desempregados. Mas como tenho meu emprego. Também não me importei. Agora estão me levando. Mas já é tarde. Como eu não me importei com ninguém. Ninguém se importa comigo.”

NOTAS:

[1] <http://correiodesantamaria.com.br/noticia/1592/juiza-diz-em-artigo-que-existem-duas-justicas-no-brasil-a-dos-juizes-indicados-por-politicos-e-a-dos-juizes-concursados>

[2] <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/20/critica-de-ferrajoli-lava-jato-deveria-acender-o-alerta-contr-o-populismo-juridico/>

CONTRATAÇÃO PÚBLICA DIRETA PARA COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL E SUA NATUREZA JURÍDICA

ANDRÉ DE CARVALHO AMORIM: Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Piauí - TCE/PI e Advogado inscrito nos quadros da OAB/PI sob n.º 12110, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI, possui Especialização em Direito Administrativo e é Mestrando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade desvendar a natureza jurídica da contratação pública direta – se inexigibilidade ou dispensa de licitação – para compra ou locação de imóvel visando o atendimento das finalidades precípua da Administração, em que pese os fatores de localização e necessidade do imóvel enquanto condicionantes da escolha, segundo avaliação prévia. Para tanto, o estudo lança mão de pesquisa de cunho qualitativo, método de pensamento dedutivo, levantamento da legislação, da jurisprudência – notadamente a do TCU –, bem como da doutrina especializada. Inicialmente é traçado o conceito de licitação pública, a identificação do instituto na ordem jurídica e definidos os seus princípios. Em um segundo momento, passa-se a comentar as peculiaridades e as espécies positivadas de inexigibilidade, para logo após diferenciá-la da denominada dispensa de licitação. Por derradeiro, constata-se a contratação direta para compra ou locação de imóvel como hipótese de licitação “dispensável” na Lei nº 8.666/93, embora a evolução legislativa e os requisitos para a sua caracterização apontem o caso como de inexigibilidade, cabível a contratação direta apenas quando a competição é inviável.

Palavras-chave: Licitação Pública. Dispensa de Licitação. Inexigibilidade. Compra ou locação de imóvel.

ABSTRACT: This study aims to unravel the legal nature of direct public procurement – if waiver or waiver of bidding – to buy or lease of property in order to care of its primary purposes of administration, despite the location and

description of factors need as conditions of choice, according to preliminary assessment. Therefore, the study makes use of qualitative research, deductive thinking method, survey of the legislation, case law – notably the TCU – as well as the specialized doctrine. Initially is traced the concept of competitive bidding, the identification of the institute in the legal system and defined its principles. In a second step, is going to comment on the peculiarities and species positivadas of enforceability, to differentiate it after the so-called exemption from bidding. For last, there has been direct contracting to buy or lease of property hypothesized bidding "expendable" in Law No. 8.666/93, although legislative developments and the requirements for its characterization point the case as of unenforceability, applicable to direct contracting only when competition is unfeasible.

Keywords: Competitive. Bidding. Bid Required. Unenforceability. Purchase or Rental Property.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LICITAÇÃO PÚBLICA. 2.1 ASPECTO CONCEITUAL E NATUREZA JURÍDICA. 2.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 2.3 PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS. 2.3.1 Formalismo. 2.3.2 Isonomia e Competitividade. 2.3.3 Publicidade. 2.3.4 Moralidade e Probidade. 2.3.5 Julgamento Objetivo. 2.3.6 Obrigatoriedade. 2.3.7 Sigilo na Apresentação das propostas. 2.3.8 Vinculação ao instrumento convocatório. 2.3.9 Adjudicação Obrigatória ao Vencedor. 3. INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1 NOÇÕES SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DIRETAS. 3.2 CRÍTICAS À FLEXIBILIZAÇÃO DA LICITAÇÃO. 3.3 INEXIGIBILIDADE. 3.3.1 Fornecedor Exclusivo. 3.3.2 Serviços Técnicos Profissionais Especializados. 3.3.3 Profissional do setor artístico. 3.4 DISPENSA . 3.4.1 Diferenciação entre Inexigibilidade, “Dispensável” e “Dispensada”. 3.4.2 O papel da discricionariedade . 3.4.3 Categorização das hipóteses. 4. HIPÓTESE DA COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL.. 4.1 IDENTIFICAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL NA LEI N.º 8.666/93. 4.2 ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO. 4.2.1 Atendimento das finalidades precípua da Administração. 4.2.2

Necessidade de instalação e localização condicionando a escolha. 4.2.3 Compatibilidade de preços e avaliação prévia. 4.3 NATUREZA JURÍDICA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA. 4.4 NATUREZA JURÍDICA SEGUNDO A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Licitação Pública é o objeto de que dispõe a Administração para tratar com os particulares em busca de prestações de cunho patrimonial, tais como compras, serviços, obras e alienações.

A necessidade de utilização desse procedimento administrativo previamente à formalização dos contratos celebrados pelo Poder Público decorre da observância do princípio da isonomia e da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, além de evitar direcionamentos que favoreceriam toda sorte de gestores e particulares inescrupulosos. A previsão normativa de sua obrigatoriedade vem exposta no art. 37, XXI, da Constituição Federal, assegurando a todos que pretendem firmar avença com a Administração igualdade de condições, consubstanciando-se, ainda, como decorrência do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, uma das pedra de toque do regime jurídico administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.

Ocorre que, inobstante a regra geral da obrigatoriedade de licitar, o próprio regramento constitucional admite a previsão de hipóteses excepcionais de celebração de contratos administrativos sem a necessidade de licitação pública, o que se denomina contratação direta.

São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei n.º 8.666/93. Tais formas de contratação direta são medidas de exceção que, como ressaltado, retiram seu fundamento de validade do citado art. 37, XXI, da Constituição Federal, eis o próprio dispositivo constitucional prevê, em sua parte final, que ficam “ressalvados os casos especificados na legislação”.

Apesar de possuírem o mesmo escopo, cada uma das duas figuras possui peculiaridades. Segundo a precisa dicção de Maria Sylvia Zanella de Pietro, “a diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.^[1]

Assim, o presente trabalho tem por finalidade analisar e delimitar a natureza jurídica de um dos permissivos legais de contratação direta, mais precisamente aquele que trata da compra ou locação de imóvel para o atendimento das finalidades precípua da Administração, em que pese os aspectos de localização e necessidade do imóvel como condicionantes à escolha, segundo avaliação prévia, nos exatos termos do art. 24, X, do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos.

Nessa esteira, pretende-se analisar esta hipótese de contratação direta com vistas a confirmar se de fato se enquadra como dispensa de licitação, levando em conta a evolução normativa do instituto, doutrina especializada e jurisprudência, mormente a do Tribunal de Contas da União (TCU).

Cumprе ressaltar, por oportuno, que se discutirá, em um segundo momento, sobre o delineamento da contratação direta na Administração Pública e o fenômeno da flexibilização da licitação, com as devidas críticas sobre o assunto. Ademais, as situações expressas de inexigibilidade de licitação são explicitadas, para após ser apresentada diferenciação com relação às licitações “dispensável” e “dispensada”. O papel da discricionariedade do gestor no tratamento de tais permissivos também é enfrentado, para logo ser exposta a categorização de vários casos de dispensa de licitação arrolados no art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

Almeja-se, ainda, identificar a contratação a contratação direta para compra ou locação de imóvel na atual ordem jurídica. Demonstrem-se também os

requisitos para a sua caracterização, os quais, se não atendidos em sua plenitude, impõem a realização de licitação. Com efeito, as três condições podem ser assim resumidas: atendimento das finalidades precípua da Administração, os fatores de localização e instalação condicionantes da escolhas, e, por fim, compatibilidade de preços e avaliação prévia. Por fim, pretende-se enquadrar a hipótese de contratação direta como dispensa ou inexigibilidade, a partir do atual Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, legislação anterior e a proposta de lei que atualmente tramita no Congresso Nacional, a doutrina especializada e a jurisprudência atinente.

Impende salientar que o estudo em questão utilizou pesquisa qualitativa e método de pensamento dedutivo na obtenção das conclusões, porque visa evidenciar e estabelecer o liame entre duas situações, uma contida na outra, qual seja a mais ampla: a delimitação do modelo corrente da licitação pública segundo o espírito do ordenamento jurídico; bem como sua correlação frente ao tratamento geral dispensado para os casos de não utilização da licitação; para alcançar, especificamente, o permissivo de contratação direta supramencionada.

Assim, definidos o objeto, o problema e o método, deve ser ressaltado que a intenção do trabalho não é esgotar o tema, dada a sua complexidade, embora reconhecendo o seu valor como fonte de conhecimento para gestores públicos, seus assessores jurídicos e à comunidade jurídica em geral. São debatidas as nuances dos procedimentos que precedem a contratação administrativa e estabelecida uma diretriz segura para a compra ou locação de imóvel obedecendo à teleologia constitucional.

2. LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação é o instrumento do qual dispõe a Administração Pública quando vai se relacionar com terceiros em busca de determinada prestação: obras, serviços, compras ou alienações.

A utilização desse procedimento competitivo prévio à celebração de contrato administrativo visa obstar o direcionamento, a falta de competitividade, a onerosidade, além de conter o clientelismo arraigado na sociedade brasileira. À

luz dessa visão consta, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a obrigatoriedade da utilização de licitação pública, com o fito de assegurar a todos, que pretendem firmar avença com a Administração, igualdade de condições. Trata-se de uma das decorrências do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, inerente ao regime jurídico administrativo.

No entanto, essa regra comporta exceções ensejadoras de contratação direta, possibilitando o afastamento da exigência prévia. Elas dizem respeito às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas na Lei nº 8.666/93.

Apesar de ambas o mesmo escopo, as caracterizações da inexigibilidade e dispensa possuem peculiaridades, pois de um lado a licitação é viável e de outro não. Nesse contexto, o presente trabalho tem por finalidade delimitar a natureza jurídica de um dos permissivos legais de contratação direta, especificamente o que trata da compra ou locação de imóvel para o atendimento das finalidades precípuas da Administração, em que pese os aspectos de localização e necessidade do imóvel como condicionantes à escolha, segundo avaliação prévia; permissivo esse positivado pela Lei de Licitações no art. 24, X.

Destarte, pretende-se confirmar se de fato a hipótese é dispensa de licitação, isso levando em conta a evolução normativa do instituto, doutrina especializada e jurisprudência, notadamente a do Tribunal de Contas da União (TCU).

Diante o exposto e visando a melhor compreensão acerca do tema, a obra encontra-se dividida em três capítulos, de tal modo que o primeiro aborda a licitação pública, sua definição, legislação aplicável e alguns de seus princípios gerais e próprios: isonomia, competitividade, publicidade, moralidade, probidade, julgamento objetivo e obrigatoriedade.

Em um segundo momento, o estudo está centrado no delineamento da contratação direta na Administração Pública e o fenômeno da flexibilização da licitação, com as devidas críticas sobre o assunto. Além disso, as situações expressas de inexigibilidade de licitação são explicitadas, para após ser apresentada diferenciação com relação às licitações “dispensável” e “dispensada”.

O papel da discricionariedade do gestor no tratamento de tais permissivos também é enfrentado, para logo ser exposta a categorização de vários dos casos de dispensa de licitação arrolados no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

No terceiro capítulo a obra almeja identificar a contratação direta para compra ou locação de imóvel, na atual ordem jurídica. Demonstram-se também os requisitos para a sua caracterização, os quais não atendidos na plenitude impõem a realização de licitação. As três condições podem ser assim resumidas: atendimento das finalidades precípua da Administração, os fatores de instalação e localização condicionamento a escolha, e, por fim, compatibilidade de preços e avaliação prévia. Em derradeiro, pretende-se enquadrar a hipótese de contratação direta como dispensa ou inexigibilidade, a partir do atual Estatuto de Licitações, legislação anterior e a proposta de lei que atualmente tramita no Congresso Nacional, a doutrina especializada e a jurisprudência atinente.

Cumprase asseverar que para o estudo em questão fora utilizada pesquisa qualitativa e método de pensamento dedutivo na obtenção das conclusões, porque visa evidenciar e estabelecer o liame entre duas situações, uma contida na outra, qual seja a mais ampla: a delimitação do modelo corrente da licitação pública segundo o espírito do ordenamento jurídico; bem como sua correlação frente ao tratamento geral dispendido para os casos de não utilização da licitação; para alcançar, especificamente, o permissivo de contratação direta supramencionada.

Enfim, definidos o objeto, o problema e o método, deve ser ressaltado que a intenção do trabalho não é esgotar o tema, dada a sua complexidade, embora reconhecendo o seu valor como fonte de conhecimento para gestores públicos, seus assessores jurídicos e à comunidade jurídica em geral. São debatidas as nuances dos procedimentos que precedem à contratação administrativa e estabelecida uma diretriz segura para a compra ou locação de imóvel obedecendo à teleologia constitucional

2.1 ASPECTO CONCEITUAL E NATUREZA JURÍDICA

A Administração Pública, no cumprimento do seu mister (fomento, polícia administrativa, intervenção na propriedade privada e prestação de serviços públicos), age perante as mais diversas áreas, atuação justificada pela concepção do Brasil enquanto Estado Social de Direito provedor das aspirações coletivas. Devido ao crescente aumento da complexidade nas relações humanas, o Poder Público se vê obrigado a estabelecer contratos com terceiros, visto que não é autossuficiente.

O instituto jurídico da licitação é caracterizado como o procedimento administrativo prévio à celebração de avença, conjunto de formalidades a ser observado pela Administração Pública quando necessita se relacionar com uma pessoa física ou outra pessoa jurídica.

Tal sequência encadeada de atos busca a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, dentre as variedades do mercado, e é assim definida por Carvalho Filho (2013, p. 236):

(...) procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Pois bem, a licitação possui aplicabilidade no seio da função administrativa, matéria de estudo do Direito Administrativo, que detém o objetivo de buscar a satisfação do interesse público, denominado como a “dimensão pública de interesses individuais” por Bandeira de Mello (2010).

Visando o alcance da finalidade para a qual fora instituída, qual seja a satisfação do bem-comum da população, a ordem jurídica conferiu, ao Poder Público, prerrogativas ou poderes não presentes no Direito Privado, que evidenciam posição de superioridade frente ao indivíduo particular. Exemplo desse desequilíbrio em uma relação jurídica faz-se presente na celebração de

contratos administrativos, com a presença de cláusulas exorbitantes (como a rescisão unilateral).

De forma diametralmente oposta, o gestor público está limitado, em alguns momentos, por uma série de sujeições ou condicionamentos mais rigorosos que os incidentes sobre o sujeito privado. A lógica em questão está assentada na concepção de que a função administrativa é vinculada à finalidade pública, não podendo desviar desta. Destarte, ao administrador não é facultado dispor livremente do interesse público, como maneja o aspecto individual, porquanto exerce a função de gerir interesses comuns nobres que sobrepõem ao aspecto particular.

Nesse sentido, observa-se a imposição da licitação como obrigatória no comando da Constituição Federal, a seguir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

A licitação, por dedução, é uma aplicação dessas limitações ou condicionamentos, na medida em que possui caráter coercitivo; vista, por Niebuhr (2009), como o meio a fim de propiciar à Administração Pública o recebimento de

utilidade produzida por terceiros, satisfazendo concretamente a coletividade, o que traduz no objetivo mediato do instituto. Já o objetivo imediato, nas palavras do eminente autor, é propiciar que o processo de escolha da proposta ocorra de forma legítima, ou seja, conforme reza a Constituição Federal e a legislação cabível.

Para tanto, insta a sucessão de uma série de atos, fases ou etapas qualificados com o escopo de eleger um particular para o cumprimento de prestação almejada pela Administração, delineada no instrumento convocatório do certame, levando em monta aspectos objetivos e obstando favoritismos onerosos aos recursos públicos.

2.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Com relação ao aspecto constitucional, julga-se informar que não havia previsão expressa acerca da licitação pública na Constituição Federal de 1967, causando certa confusão em seu enquadramento no seio jurídico, conforme assevera Di Pietro (2009, p. 326):

(...) não havia norma expressa definida e competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art.8º, XVII, c e parágrafo único, da Constituição); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação.

A celeuma fora superada com o advento do primeiro Estatuto de Licitações e Contratos, o Decreto-Lei nº 2.300/86. O diploma normativo estabeleceu o detalhamento do procedimento em si e, no art. 85, delimitou que suas normas gerais seriam obrigatoriamente aplicadas aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, facultando aos entes federados disciplinar a matéria em seus

respectivos âmbitos de competências, desde que respeitados as normas gerais ali estabelecidas.

Em seguida, com o estabelecimento de uma nova ordem jurídica pelo constituinte de 1988, o papel do instituto ganhou contornos pela lei suprema brasileira, provocando o seu revigoramento e a pertinência de um novo diploma legal. Além do art. 37, XXI, mencionado no tópico anterior, chama-se atenção para a previsão do art. 22, XXVII, que resolveu por outorgar à União a competência legislativa para tratar da matéria:

Art. 22. **Compete privativamente à União** legislar sobre:

(...)

XXVII – **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (grifo nosso).

Vale ressaltar, a partir da análise do disposto, que a competência em questão não se confunde com a denominada “concorrente” para a edição de normas gerais por parte União, previsão constante no art. 24 da Constituição. Segundo a competência concorrente, a outorga em favor da União para tratar de aspectos gerais não afasta a competência suplementar dos Estados, podendo esta chegar à plenitude na ausência de legislação federal.

De forma diversa, a normatização por parte dos Estados (excluídos Distrito Federal e Municípios), na área de licitações e contratos, possui âmbito mais restrito, uma vez que depende de autorização em Lei Complementar e é limitada a questões específicas da matéria (art. 22, parágrafo único). Esmiuçando o assunto, expõe Fernandes (2013, p. 29 e 30):

Nesse âmbito das questões específicas, a competência legislativa está contida até o advento da lei complementar referida. Até esse momento, as unidades da federação só

possuem competência supletiva. Não concorrem, nem complementam o teto legal em condições de igualdade com a esfera federal.

Então, depreende-se que o intuito do legislador constituinte foi concentrar junto à esfera federal o tratamento dessa sensível matéria, situação distinta do disciplinamento conferido pela ordem jurídica anterior, pautada no Decreto-Lei n° 2.300/86.

Entretanto, tal pensamento não é unânime, à medida que diversos doutrinadores, como Carvalho Filho e Niebuhr, entendem enquanto flexível a edição de normas específicas sobre contratações públicas para Estados e Municípios, além de invocarem a inconstitucionalidade para vários artigos do atual Estatuto de Licitações, por configurarem normas “específicas” e irem de encontro à competência constitucional de editar tão somente regras gerais.

Com o escopo de regulamentar o art. 37, XXI, da CF, entrou em vigor, no dia 21 de junho de 1993, a Lei n° 8.666; cuja institui, entre outras providências, as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Trata-se de lei com cento e vinte seis artigos que praticamente exaurem a disciplina da licitação e do contrato administrativo.

Segundo o parágrafo único do art. 1° do Estatuto das Licitações, subordinam-se à lei, os órgãos da administração direta, fundos especiais, entidades da Administração Indireta, quais sejam as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e, por fim, as pessoas jurídicas controladas diretamente ou indiretamente pelo Poder Público. Portanto, esses sujeitos são os destinatários da Lei de Licitações.

De mais a mais, a temática vem sofrendo constantes alterações legislativas, simbolizadas, por exemplo, com a vigência da Lei n° 8.333/94 e da Lei n° 9.648/98. Merece destaque, outrossim, a Lei n° 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu uma nova modalidade de licitação frente às previstas na lei geral, o pregão. A forma procedimental ganha aspectos peculiares, destaque para a inversão das

etapas de propostas e habilitação, bem como a possibilidade aos licitantes de reduzir o preço inicialmente ofertado, em sessão pública.

2.3 PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS

A base de sustentação de um sistema jurídico, independente da área do Direito, está assentada nos princípios. Representam os valores, fundamentos e diretrizes gerais que orientam a atuação, seja do julgador e do legislador, seja do agente administrativo na atuação funcional. Assim, os princípios fornecem subsídios à interpretação e à produção das leis. Os princípios expressos, incidentes sobre todas as áreas de estudo do Direito Administrativo (entre elas o procedimento licitatório), fazem-se presentes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O escopo dessa obra, apesar de enaltecer a importância desses princípios enquanto linhas mestras para a atuação da Administração Pública, é debruçar-se sobre a carga principiológica própria das licitações. Para tanto, cumpre reconhecer os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa como os objetivos primaciais para o tema, segundo redige o art. 3º da Lei de Licitações e o TCU.

Ademais, esse dispositivo revela os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Paralelo aos princípios taxativamente previstos na norma, coexistem os implícitos, resultantes de construção doutrinária e jurisprudencial.

Nesse contexto há diversos critérios de quantificação e qualificação dos princípios, cada uma das classificações trazidas pela doutrina merecendo os seus méritos. A seguir são tecidos comentários sobre os princípios que mais se coadunam com os objetivos do estudo.

2.3.1 Formalismo

O princípio do formalismo encontra-se enunciado no art. 4º, parágrafo único, do Estatuto de Licitações e Contratos: “O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração”.

Com efeito, a licitação consubstancia-se em um procedimento administrativo formal, mormente porque é imprescindível, regra geral, para a formalização de contratações públicas que implicarão dispêndio de recursos do Estado.

Este princípio resguarda a garantia da isonomia dos concorrentes, obrigando todos os agentes participantes do procedimento licitatório a observar as formalidades impostas pela Lei. Desse modo, a ausência ou formalização defeituosa do requisito procedimental acarreta prejuízo ao licitante e até mesmo a nulidade do procedimento administrativo.

Em que pese, contudo, sua previsão expressa na Lei de Licitações, é cediço que a forma, como regra geral nos atos administrativos, tem caráter instrumental, concluindo-se, pois, que a falha na formalidade do procedimento somente afeta o particular ou a validade da licitação com a comprovação de que trouxe dano considerável ao interesse público ou à igualdade de tratamento entre os licitantes.

2.3.2 Isonomia e Competitividade

O princípio possui dois sentidos: primeiramente, é instado aos eventuais licitantes, ou seja, àqueles que desejam participar da licitação, proibindo a adoção de critérios discriminatórios para a comprovação das condições de habilitação; numa segunda perspectiva, destina-se aos licitantes, vedando à Administração o estabelecimento de diferenciação no tratamento das propostas apresentadas. Portanto, uma das finalidades da isonomia ou igualdade é permitir a livre competição entre os interessados, premissa básica do procedimento licitatório, evitando o direcionamento do certame. O TCU já se manifestou da seguinte forma:

O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum.

Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, **a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia.** (grifo nosso).

Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)

O estabelecimento de discriminações que restrinjam a competitividade entre os licitantes é causa, inclusive, de nulidade da licitação, devendo o gestor privilegiar, em caso de dúvida na interpretação da lei ou do instrumento convocatório, a ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa a finalidade e a segurança da contratação.

No entanto, o §2º, art. 3º da Lei nº 8.666/93 estatui tratamento diferenciado quando ocorre empate entre os concorrentes, estabelecendo a seguinte escala de preferências para os objetos: produzidos no país, produzidos ou prestados por empresas brasileiras, e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país.

Além disso, cumpre asseverar o tratamento preferencial em favor das microempresas (ME) e das empresas de pequeno porte (EPP) – Lei Complementar nº 123/06, que determina a contratação dessas categorias de empresas em caso de empate e ainda prevê equiparação a empate nos casos de diferença de preço em até 10% (no pregão é 5%), frente às demais pessoas jurídicas. O cerne da questão é a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

Por conseguinte, o princípio da isonomia retrata bem a diferença entre a licitação privada e a pública. Nesta última existe a necessidade de observância de uma série de limitações e formalidades. Exemplo das manifestações de tal indisponibilidade é a impessoalidade no tratamento dispensado aos eventuais

contratados. Em contrapartida, na licitação privada não há obrigação de respeito a esse princípio. Assim delinea Niebuhr (2008, p. 53):

Ele, o princípio da isonomia, é causa e parte conceitual da licitação pública. Ocorre que conceitualmente pode haver tanto licitação pública quanto privada. A privada é regida pela vontade do promotor do certame, que não tem dever de tratar todos os interessados com igualdade.

O comentário acima alberga a importância do tratamento igualitário, a ser conferido pela Administração, entre os postulantes a um contrato administrativo. A vedação da instituição de cláusulas de natureza discriminatória, com exigências absurdas e restritivas à disputa representa bem a aplicação do princípio. Aduz uma limitação à discricionariedade administrativa no estabelecimento das cláusulas do edital. Como corolário, urge o princípio da competitividade, que possui o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que nem sempre coincide com a de menor valor, a depender do tipo de licitação adotado (critério adotado para a seleção da proposta).

2.3.3 Publicidade

O princípio da publicidade possui referência explícita no parágrafo terceiro do art. 3º do estatuto: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Outra incidência, a título de exemplo, está presente no art. 43, § 1º: “A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão”. Trata-se de valioso instrumento de controle social sobre a atividade estatal, na medida em que possibilita à população em geral acompanhar *in loco* a regularidade do andamento do certame.

Di Pietro (2009), por outro lado, relaciona a publicidade da licitação e a competição como grandezas diretamente proporcionais, ou seja, quanto mais locais e tempo de divulgação, maior será a disputa no procedimento licitatório e,

portanto, de obtenção de uma contratação vantajosa para o Poder Público. Exemplo de máxima divulgação, segundo a autora, seria a modalidade “concorrência”; de outra sorte, com publicidade restrita, situa-se o “convite”.

2.3.4 Moralidade e Probidade

Moralidade e probidade aduzem princípios que carecem de precisão conceitual, revestindo-se um código de postura ao agente público bem intencionado, para que este atue pautado nos valores da honestidade, boa-fé e tendo a consciência do caráter nobre função que desempenha para o atendimento das demandas sociais.

Vale ressaltar que no caso de desobediência a esses valores é cabível a aplicação de sanções nas mais diversas searas, havendo inclusive lei específica para tratar da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

2.3.5 Julgamento Objetivo

Todos os critérios utilizados no processo seletivo devem estar previamente definidos no ato convocatório, não se admitindo a mudança das regras no “decorrer do jogo”, mesmo que em proveito da Administração. O julgamento objetivo também se refere à possibilidade de acesso às exigências da licitação por parte dos interessados. Percebe-se nesse último aspecto a grande proximidade com o princípio da publicidade.

Acerca da matéria, estatui o art. 45 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo **em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos**, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (grifo nosso).

O texto legal reproduz, em última análise, que qualquer aferição a respeito da documentação do licitante seja concretizada unicamente com os fatores estabelecidos no edital, fato que proporciona segurança e lisura ao andamento

dos trabalhos e sugere a aparição de outro princípio reconhecido pela doutrina: vinculação ao instrumento convocatório.

Ademais, o julgamento objetivo diz respeito aos tipos de licitação, critérios estabelecidos para seleção do vencedor (conforme já mencionado no tópico que comenta o princípio da isonomia). A lei de licitações estabelece quatro tipos, a saber: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta. Segundo Barchet (2008), os tipos de licitação que melhor se coadunam ao julgamento objetivo são o menor preço e o maior lance, uma vez que pautados unicamente no aspecto quantitativo, ao contrário dos demais tipos que invariavelmente guardam certa dose de arbitrariedade.

No tocante ao caráter subjetivo nos tipos de licitação, já se manifestou o TCU:

Fixe com clareza e precisão as regras para o julgamento de propostas técnicas, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas. Faça constar em documento, de forma expressa, as razões e os critérios observados nos exames técnicos produzidos em apoio à aferição valorativa das propostas técnicas apresentadas em certame licitatório, **de modo a evitar ou, ao menos minimizar, a avaliação de caráter subjetivo, em conformidade com o princípio da publicidade e do julgamento objetivo das propostas (...).** (grifo nosso).

Acórdão 1488/2009 Plenário

Então, o estabelecimento de outros parâmetros além do preço requer o comportamento diligente, tanto de quem elabora o edital (fase interna da licitação), quanto de quem é responsável pela execução dos trabalhos perante os licitantes (comissão de licitação ou o pregoeiro e sua equipe).

2.3.6 Obrigatoriedade

Reflete a coercibilidade do procedimento administrativo antes da celebração de contratos com terceiros. Já foi chamado pelo TCU, no Acórdão nº 146/2007, de “indispensabilidade da licitação”. Deriva diretamente do art. 37, XXI, da CF, que impõe, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade, a necessidade de licitação nos casos de compras, obras, serviços e alienações efetuadas pelo Estado. Representa limitação à atuação do Poder Público, possuindo como causa a isonomia e buscando evitar favoritismos no processo de escolha.

Dessa feita, segundo a dicção constitucional, a regra é a adoção da licitação pública, ao tempo em que a exceção diz respeito às hipóteses de contratação direta, tratadas pelo legislador ordinário. Correlacionado, o doutor Niebuhr (2009, p. 213): “E essa relação apresenta-se ao legislador como espécie de norma programática, uma diretriz que ele deve seguir sob pena de inconstitucionalidade”. Assim, o autor entende que a Carta Magna atribuiu ao legislador a missão de tratar a obrigatoriedade da licitação como linha mestra, caso contrário, estará ele atentando contra o espírito da ordem jurídica. O princípio em epígrafe condiciona a criação, principalmente, de hipóteses de dispensa de licitação.

Paralelamente, o valor da obrigatoriedade é extensível aos agentes administrativos, responsáveis por conferir concretude aos comandos legais. Nessa seara, Niebuhr (2009) protesta pela interpretação restritiva nos casos de contratação direta, isto é, deve ser tomada em exceção.

2.3.7 Sigilo na apresentação das propostas

Este princípio encontra-se previsto no §3º, do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, que, ao enunciar a publicidade das licitações, dispõe serem “públicas e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

A violação do sigilo das propostas constitui crime, previsto no art. 94 da mesma Lei. Tal garantia de sigilo visa dar efetividade ao princípio da isonomia, eis

que o conhecimento prévio da proposta apresentada pelo outro concorrente, colocaria o licitante conhecedor em posição indevida de privilégio.

2.3.8 Vinculação ao instrumento convocatório

Previsto no art. 41, caput, da Lei n.º 8.666/93, este princípio impede que a Administração descumpra os termos do instrumento convocatório da licitação. Com efeito, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Como forma de fiscalização dessa obrigatoriedade, a própria Lei prevê mecanismos de controle dessa vinculação, assegurando a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade, nos termos do art. 41, § 1º, do Estatuto.

Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles, o edital é “a lei interna da licitação”, ressaltando que o edital vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu.

2.3.9 Adjudicação obrigatória ao vencedor

No processo de licitação, a adjudicação significa a atribuição do objeto do certame ao seu vencedor, garantindo-lhe a expectativa do direito de contratar. É, pois, o ato final do procedimento licitatório.

Cumprir ressaltar, por oportuno, que a adjudicação não se confunde com a celebração do contrato administrativo. A adjudicação é a atribuição, por meio de ato declaratório, da qualidade de vencedor a um dos licitantes, garantindo a este, portanto, a preferência na celebração do eventual contrato administrativo.

Nesse particular, o art. 50 da Lei n.º 8.666/93 proíbe à Administração celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Nos termos do art. 64, § 3º, do Estatuto, a Administração tem o prazo de 60 dias da data da entrega das propostas para convocar o licitante vencedor para a contratação. Expirado este prazo, fica o licitante vencedor liberado do compromisso assumido.

Por fim, se o convocado não assinar o contrato no prazo e nas condições estabelecidas, a Administração poderá convocar os demais classificados para contratação, desde que obedçam às mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

3. INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO

3.1 NOÇÕES SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DIRETAS

Com relação à evolução legislativa sobre a contratação direta, o apanhado histórico, realizado por Motta (2005), esclarece que, desde o Código de Contabilidade de 1922 até a atualidade, a ordem jurídica brasileira possui a tendência de ampliação do rol das hipóteses de dispensa de licitação. Compara o autor, que, enquanto naquele dispositivo constavam apenas quatro permissivos de dispensa e inexigibilidade, a redação original do atual Estatuto das Licitações já detinha mais de vinte e três casos.

A licitação, antes de qualquer coisa, é princípio constitucional, vetor da ação da Administração Pública que garante aos administrados-licitantes a possibilidade de, em condições e tratamentos isonômicos, disputarem entre si a participação nas obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios que os órgãos e entidades da Administração Pública pretendam efetuar. Ela representa a regra enquanto procedimento prévio à contratação pública.

Todavia, a referida imposição não possui caráter absoluto. Assim, em alguns casos previstos pelo legislador ordinário (arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93), o princípio da licitação cede espaço a outros valores: economicidade, segurança nacional ou interesse público maior. São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Tal ressalva com relação à obrigatoriedade de licitação se faz presente, inclusive, na Constituição, mais especificamente no primeiro trecho do inciso XXI, art. 37 ao declarar que “ressalvados os casos especificados na legislação...”.

Nessa esteira, é imprescindível o pleno enquadramento às possibilidades arroladas pela legislação, bem como a observância das formalidades legais necessárias a suprir a mitigação da transparência inerente ao certame licitatório.

Em compensação aos princípios relativizados no caso de dispensa e inexigibilidade de licitação, a Lei nº 8.666/93 impôs, aos entes públicos, a publicação e uma série de formalidades consignadas no art. 26, a dizer:

Art. 26. As **dispensas** previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as **situações de inexigibilidade** referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e **publicação na imprensa oficial**, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. **O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:**

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (grifo nosso).

Fenandes (2013) afirma que a expressão “transparência” é um corolário do dever do gestor público de prestar contas à sociedade e que, caso não ocorrida a licitação, tal dever pode ser saneado parcialmente com a providência supramencionada. O objetivo do legislador é limitar a discricionariedade do gestor.

O tema merece ainda maior vênua no campo de atuação do hermeneuta administrativo, porquanto a “Seção III – Dos Crimes e das Penas” instituiu o crime

“dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade” – art. 89, com pena de detenção de 03 (três) a 05 (cinco) anos e multa.

3.2 CRÍTICAS À FLEXIBILIZAÇÃO DA LICITAÇÃO

Conforme se sabe, a contratação direta é exceção, então, a premissa trazida por Niebuhr (2009), para esses casos, é no sentido de empregar interpretação restritiva à matéria.

Jacoby Fernandes realizou levantamento, exposto em sua obra que trata do assunto, evidenciando que na maior parte do período compreendido entre 2003 e 2008, prevaleceu, no âmbito do poder executivo federal, o aporte de recursos em contratações públicas não derivadas de licitações, o que implica o não atendimento pleno do mister constitucional. A situação se inverteu apenas a partir de 2006, com a disseminação da modalidade pregão no âmbito das repartições públicas brasileiras.

Entretanto, insta informar que o fato de licitar ou não é insuficiente, por si só, para avaliar a honestidade ou a qualidade da gestão. O que ocorre é a maior ocorrência de frustração ao atendimento dos princípios basilares do instituto, quais sejam a isonomia e a competitividade, no caso de sua desconsideração.

Como contraponto, a realização de procedimento licitatório pressupõe maior intervalo de tempo até o atendimento da demanda administrativa. Para não tornar inócuo o cumprimento da finalidade a que propõe, ou seja, a recepção da utilidade acarretada pela contratação; é imprescindível o fortalecimento do planejamento, responsável por mapear e antever as necessidades do órgão.

Por conceberem na licitação um conjunto de entraves à contratação, alguns estudiosos ministram pela flexibilização cada vez mais crescente dos procedimentos da Lei nº 8.666/93, sob a justificativa de atendimento ao princípio da eficiência.

Como providência que vai ao encontro desse anseio, destaca-se o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, o qual busca alterar diversos regramentos sobre licitações e contratações públicas e

revogar as Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 (pregão) e a nº 12.362/11 (regime diferenciado de contratações públicas).

Entre as mudanças, merece atenção: inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, realização do certame preferencialmente na forma eletrônica (conforme já prevê a Lei nº 10.520/02), revisão das modalidades e tipos de licitação, aumento do rol de casos expressos de contratação direta por inexigibilidade, e etc. Cabe ressaltar, a título de informação, a intenção de enquadrar como inexigibilidade a compra ou locação de imóvel nos requisitos legais, situação atualmente tratada em dispensa de licitação (art. 24, X).

Registra-se que a legislação sobre licitações precisa sim de aperfeiçoamento, devendo-se afastar formalidades despropositadas e ofensivas à satisfação do interesse público. O caráter instrumental deve ser a tônica. No entanto, o caminho do aumento crescente das hipóteses de contratação deve ser visto com temperamentos, pois esse expediente pode aumentar o levantamento de suspeitas sobre corrupção e imoralidade, além de afronta ao comando constitucional estatuído no art. 37, XXI. Fernandas (2013) aponta, como medida legislativa, a modernização das modalidades de licitação e, na seara administrativa, a estruturação das unidades e treinamento para os servidores envolvidos nas compras da Administração, afora o aprimoramento da “cultura de controle” na relação custo/benefício.

3.3 INEXIGIBILIDADE

A matéria está contemplada no art. 25 da Lei de Licitações, que arrola três hipóteses de contratação direta com fulcro nessa modalidade. O *caput* do dispositivo redige que a inexigibilidade incide “quando houver inviabilidade de competição”; por fim, a apresentação das três hipóteses presentes é precedida da expressão “em especial”. A melhor interpretação para o comando legal, segundo Carvalho Filho (2013), é de que o rol arrolado em seguida é meramente exemplificativo, até porque seria inviável o legislador antever todos os casos em que não é possível estabelecer a disputa, inerente ao procedimento licitatório. Logo, não há óbice à contratação com fulcro tão somente no *caput* do art. 25.

Destarte, verificada a impossibilidade de estabelecer parâmetros objetivos para efetuar o julgamento das propostas, resta forçosa a contratação via inexigibilidade, pois a licitação não se desenvolveria regularmente. Outro prisma está no fato de apenas um terceiro possuir aptidão para atender ao objeto nas especificidades almejadas pelo Poder Público. Portanto, abrir mão da realização do certame não é uma faculdade e sim algo obrigatório.

O grande desafio estar em avaliar, no caso concreto, quais as situações denotam a incompatibilidade da licitação. A tarefa, uma vez que não atendida a contento pelo legislador, cabe à própria Administração Pública, conforme revela Niebuhr (2008, p. 246):

Noutro lado, quanto aos casos de inexigibilidade, minimiza-se a intervenção do legislador e maximiza-se, ainda mais, a atividade do agente administrativo e dos demais intérpretes para apurar a feição do interesse público, o que determina o objeto do contrato, e, por consequência, a pertinência ou não da inexigibilidade.

Ante o exposto, é imperiosa a exposição de motivos e documentos justificando a inviabilidade de competição, nos termos do art. 25 e 26 do estatuto.

3.3.1 Fornecedor Exclusivo

Assim prescreve o art. 25, I, da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos **por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou

o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes. (grifo nosso).

A lei ainda determina que a exclusividade deve ser comprovada por órgão de registro do comércio local (exemplo: Junta Comercial), sindicato, federação ou entidades equivalentes. Ampliando o grau de segurança dessas informações, faz-se imperioso o comportamento diligente do agente administrativo para confirmar a sua veracidade, conforme entendimento sumulado do TCU obtido na relação de Súmulas da jurisprudência dominante (2008), *in verbis*:

Súmula n.º 255

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

De mais a mais, o dispositivo legal aplica-se às avenças celebradas com pessoas físicas ou jurídicas que detenham técnica própria, não extensiva aos outros integrantes do mercado. Os detalhes do objeto que são exclusivos dizem respeito aos significativos e não a meros detalhes periféricos do produto, até porque é próprio da economia de mercado a grande variedade de produtos para atender uma dada finalidade. Com base nisso reside a grande importância da definição do objeto pretendido com suas características essenciais, além da carta de exclusividade da praça comercial do ente público.

3.3.2 Serviços técnicos profissionais especializados

Paralelo à situação do fornecedor exclusivo, há no inciso II, do art. 25, o permissivo para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da lei, de natureza singular e com pessoas ou empresas de notória especialização,

proibida, em qualquer caso, a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

A seguir, o parágrafo 1º do mesmo artigo elucida quais aspectos devem ser considerados para enquadrar um profissional como de notória especialização: desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros aptos a constatar que o trabalho do profissional é essencial e sem dúvidas o mais adequado ao interesse público.

Aqui algumas considerações merecem vênia. A “notória especialização” e a “singularidade do objeto” são conceitos-chave e requisitos cumulativos para a configuração do preceito em tela. Tal visão já se encontra assentada em súmula do TCU extraída da relação de Súmulas de jurisprudência dominante (2008), *in verbis*:

Súmula n.º 252

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, decorre da **presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado**, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, **natureza singular do serviço e notória especialização do contratado**. (grifo nosso).

No entanto, trata-se de conceitos distintos e que merecem ser analisados em suas peculiaridades. A natureza singular do objeto diz respeito à pretensão administrativa, o objeto do futuro contrato, não se relacionando com o executor do serviço. Fernandes (2013) diz que a singularidade é um atributo diferenciador do objeto, tornando-o incomum na espécie, não se associando com a noção de preço, de dimensões ou localidade. Um exemplo utilizado pelo eminente autor: enquanto que apagar um incêndio é uma atividade ordinária de qualquer bombeiro, lidar com um incêndio em um poço de petróleo apresenta-se como singular.

A partir da demanda administrativa (definição do objeto do futuro contrato), materializada no projeto básico ou termo de referência, passe-se a cotejar o(s) profissional(is) aptos a atenderem ao interesse do Poder Público. Nessa análise devem ser sopesadas as características ditas do §1º, sendo inevitável, na visão de Mendes (2011), certa dose de pessoalidade, devido à mitigação do princípio do julgamento objetivo nos casos de inexigibilidade.

Importante é mencionar, por derradeiro, que a definição do objeto contrato como singular deve preceder à escolha do profissional considerando a notória especialização. A ocorrência desse último requisito por si só não torna a competição inviável. Fernandes (2013, p. 612) alerta que a desconsideração dessa ordem de apreciação pode levar ao seguinte resultado: “constituição de reservas de mercado para determinados profissionais, que invariavelmente ocorreria se possível fosse contratar notórias especialistas para qualquer serviço... e submeteria a Administração ao interesse de poucos”.

Carvalho Filho (2013) explicita o princípio da hermenêutica em que como qualquer contratação direta, aquela visando à obtenção de serviços técnicos especializados, deve ser vista como exceção e esta bem delineada. O autor lamenta o fato de alguns administradores públicos recorrerem ao expediente da inexigibilidade em afronta flagrante do princípio da obrigatoriedade de licitação: “cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração”.

3.3.3 Profissional do setor artístico

Assim dispõe o inciso III do art. 25, Lei nº 8.666/93, in verbis:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo,

desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Como se conclui da exegese legal, o artista precisa ser de categoria profissional e, para tanto, deve o ente público verificar o cumprimento dos parâmetros e exigências estabelecidos na legislação específica da matéria. Mesmo assim, a carga de discricionariedade e subjetividade acaba ganhando destaque, limitada mais uma vez ao enquadramento dos ditames do art. 26, citado no tópico 2.3 dessa obra.

No tocante à forma de contratação, reputa-se imprescindível que a mesma ocorra diretamente junto ao profissional ou seu empresário exclusivo, afastando-se a monopolização de empresários na intermediação da contratação de artistas, o que poderia configurar a maior probabilidade do fator pessoalidade na celebração da avença.

Ademais, o artista deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, requisito esse que possui semelhança com o prescrito no inciso anterior do art. 25. Assenta Fernandes: “a justificativa de escolha deve apontar as razões de convencimento do agente público, registrando-se, no processo de contratação, os motivos que o levaram à contratação direta”. Exemplos desses elementos de convencimento: premiações do artista, discografia, convites para apresentação em grandes eventos.

Para o aspecto da justificativa de preço, não é imprescindível a conferição entre as propostas de artistas distintos, até porque é bastante difícil a tarefa de quantificar as aptidões artísticas do ser humano que possuem individualidade entre si. Entretanto, de forma a não desobedecer ao comando do art. 26, o TCU já recomendou que, para a demonstração, uma boa prática é a comparação entre outros contratos do mesmo artista.

Por fim, urge que os agentes públicos tenham a sensibilidade para distinguir a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública de mera qualificação profissional, porquanto não será suficiente a demonstração de que o artista se qualificou através de cursos na área ou a simples comprovação de

experiência profissional. Para tais casos, poderá a Administração se valer da realização de um processo licitatório na modalidade “concurso”, prevista no art. 22, IV c/c § 4º da Lei nº 8.666/93, ou ainda, se for o caso, uma dispensa de licitação com base no baixo valor, nos termos do art. 24, II, da Lei de Licitações.

3.4 DISPENSA

3.4.1 Diferenciação entre Inexigibilidade, Licitação “Dispensável” e Licitação “Dispensada”

O instituto da dispensa de licitação é espécie do gênero contratação direta, ilustrando, ao lado da inexigibilidade, um dos casos de não obediência ao princípio da licitação pública. Porém, apesar de possuírem o mesmo efeito prático no mundo jurídico, o tratamento conferido pelo legislador foi apartado, isto é, a Lei nº 8.666/93 disciplinou em artigos distintos a dispensa (arts. 17 e 24) e a inexigibilidade (art.25).

A configuração da inexigibilidade depende da ocorrência do fator “inviabilidade de competição”, não cabendo ao legislador, por questões de incompatibilidade, antever todas as hipóteses de ocorrência do fenômeno. Assim, o rol exposto no art. 25 do Estatuto das Licitações é exemplificativo.

Paralelamente, a dispensa de licitação diz respeito aos casos em que a competição é viável, ou seja, é possível o estabelecimento de parâmetros para o julgamento objetivo entre os interessados, no entanto, a efetivação do certame importaria gravame ao interesse público. Diferentemente do que ocorre com a inexigibilidade, aqui é imprescindível o caso concreto encontrar guarida em previsão legal específica. Nessa esteira delimita Niebuhr (2008, p. 369):

O fato é que a análise das hipóteses de dispensa de licitação deve necessariamente ser empreendida em vista das hipóteses prescritas em lei e, ademais, nos estritos termos delas. Em sentido oposto ao da inexigibilidade, em que a lei é mero coadjuvante, agora, para apreender os

casos de dispensa, a lei é alçada a referencial principal, até porque, fora dela, nem sequer cabe reconhecer a figura.

Encerrando essa distinção, menciona-se, como contraponto à inexigibilidade, que o rol de hipóteses de dispensa de licitação é taxativo, ou seja, o legislador exauriu todas as suas possibilidades de ocorrência.

Em seguida, cumpre salientar que a espécie de contratação direta chamada dispensa contempla, como subdivisão, a licitação “dispensada” e a “dispensável”. A diferença entre elas é que, nos casos de licitação dispensada (art. 17), o legislador já adotou a providência de afastar previamente a ocorrência da licitação, quer dizer, não há que se falar em competência discricionária do agente administrativo, devendo este apenas realizar o exame de subsunção legal. No que concerne à licitação dispensável (art. 24), o legislador outorgou ao servidor público a avaliação da oportunidade e conveniência da contratação direta, visto que é plenamente cabível a concretização do certame.

O art. 17, em suma, lista as hipóteses de dispensa para disposição do patrimônio público, seja bens imóveis ou móveis. Vale ressaltar que o enquadramento da licitação enquanto dispensada depende indubitavelmente da existência de interesse público formalmente justificado nos autos do processo administrativo e de avaliação prévia. Já no art. 24, o legislador elegeu diversas situações para o aplicador do direito aferir, caso a caso, a pertinência da licitação ponderando os mais diversos interesses envolvidos, o que implica necessariamente uma carga de subjetividade maior.

3.4.2 O papel da discricionariedade

O poder discricionário representa o espaço de atuação deixado pela lei para que o administrador público possa tomar uma decisão entre duas ou mais alternativas igualmente válidas. Representa uma dimensão da lei própria da função administrativa, caracterizando-se como algo peculiar dessa, também denominado mérito administrativo.

Porém, a liberdade de atuação encontra limites, barreiras estabelecidas pela lei, levada à categoria de princípio expresso no caput do art. 37 da

Constituição Federal. De forma diversa ao que ocorre no Direito Privado, cujo é permitido ao particular tudo que a lei não proíbe ou condiciona, na Administração Pública só é possível ao gestor atuar conforme previsão legal.

Como matéria de direito público, o entendimento em questão se aplica perfeitamente à temática das contratações administrativas. Portanto, os permissivos legais de dispensa de licitação dependem de prévio estabelecimento legal.

Um questionamento que se afigura nesse escopo é descrever se há e qual o limite do legislador infraconstitucional ao tabular as dispensas de licitação, isso à luz da teleologia constitucional. Em comentários sobre o art. 37, XXI da CF e art. 3º da Lei nº 8.666/93, concluiu-se que os maiores valores, quando o assunto é o procedimento que resulta num contrato administrativo, são a isonomia enquanto causa mor e a escolha da proposta mais vantajosa enquanto finalidade.

A ordem jurídica permitiu ao legislador ordinário, excepcionalmente, a eleição de algumas situações atípicas em que os princípios da isonomia e competitividade cedem espaço a outros valores como a economicidade e o interesse público maior. No entanto, essa fuga à regra geral encontra barreiras: a licitação em si e seus princípios inerentes, resultando em limitação da discricionariedade legislativa na criação de hipóteses de dispensa de licitação, caso contrário, a discricionariedade se converteria em arbitrariedade.

Assim, o legislador não possui liberdade absoluta, estando vinculado ao programa estatuído na Constituição no estabelecimento das hipóteses de dispensa de licitação, sob pena de desvio de poder legislativo e até de inconstitucionalidade. O aumento do número de casos de contratação direta, conforme evolução histórica mencionada desde o Código de Contabilidade de 1922 até a redação original da Lei nº 8.666/93, pode representar sintoma de transgressão ao limite da razoabilidade no exercício da discricionariedade legislativa.

Outro ponto de vista do poder discricionário está presente no dia a dia do intérprete, agente administrativo. A interpretação dos enunciados legais nem

sempre é unívoca, ou seja, usualmente se extrai dois ou mais sentidos de um dispositivo legal. O cerne da questão está em descobrir o fim almejado pela norma, qual o seu intuito; para tanto, a interpretação literal nem sempre é suficiente. Quando o assunto é dispensa de licitação, Niebuhr (2008) defende a utilização da técnica interpretação conforme a Constituição, resultando na extensão ou restrição do comando literal da norma.

O sistema jurídico impôs que a contratação direta é ressalva, destarte, o legislador deve levar em conta esse programa. Todavia, se o legislador faz pouco caso do limite à sua discricionariedade, cabe ao agente administrativo buscar a interpretação que atenda ao constituinte, buscando o sentido restrito quando surge possibilidade de enquadramento no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Nos casos de licitação dispensável é que a limitação da discricionariedade ganha destaque, visto que, em tese, o servidor público pode valer-se tanto da licitação quanto da dispensa. As especificidades do caso concreto é que dirão se há comprometimento do interesse público com a efetivação da licitação, sendo esse a maior imposição que o Poder Público sofre em sua liberdade de atuação.

3.4.3 Categorização das hipóteses

Diferente da ocorrência nos casos de inexigibilidade, escolhidos três casos a título de exemplificação pelo legislador, o rol para as dispensas de licitação previstas no art. 24 é extenso e exaure as possibilidades da Administração. Atualmente existem trinta e três permissivos legais de licitação dispensável. Vale ressaltar as recorrentes e a divisão delas em categorias de acordo com pontos em comum.

O critério com base no valor é primeiro que merece destaque. Constatam nos incisos I e II, sendo livre ao gestor a contratação direta quando até 10% sobre os valores que limitam a contratação através da modalidade convite, ou seja, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para os demais casos.

Outro permissivo se faz presente nos casos de flagrante excepcionalidade decorrentes de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública,

devendo haver uma rápida resposta do Poder Público para suprir as dificuldades resultadas desses eventos (inciso III). Hipóteses que guardam semelhança com o caráter de excepcionalidade e prazo curto para resposta da Administração são, segundo Carvalho Filho (2013), as presentes no inciso IX “possibilidade de comprometimento da segurança nacional” e no XXVIII “compra de suprimentos de embarcações ou unidades aéreas em localidades diferentes de suas sedes”. O caso da compra de gêneros perecíveis (inciso XII), como pão e hortifrutigranjeiros, enquanto tramita procedimento licitatório, também apresenta certo grau emergencial.

O desinteresse de eventuais licitantes também é causa de dispensa da licitação (inciso V). Essas ocorrências têm constituído o que se chama de licitação deserta e fracassada, que derivam ora do não aparecimento de interessados em certame já ocorrido ora da constatação de todos os licitantes com a documentação incompatível frente ao edital.

Às entidades com o objetivo social e fim não econômico também é outorgada dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XIII. São as instituições brasileiras que tenham o objetivo estatutário de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Mais um permissivo com a mesma ideia é o constante no inciso XX, visando à contratação de associação idônea de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos. Também é possível a contratação direta com organizações sociais para atividades contempladas em contrato de gestão (inciso XXIV).

Ressalta-se também o permissivo no caso de disparidades das propostas apresentadas, em comparação com os preços praticados no mercado. A previsão legal ilustra a possibilidade de conluio entre licitantes para sobrepreço ou a apresentação de propostas inexequíveis. O inciso VII diz que será permitida a adjudicação direta quando “as propostas apresentadas consignarem preços manifestadamente superiores aos praticados no mercado nacional”.

Com o sucedâneo de complementar objeto, é possível a contratação direta quando ocorrer rescisão de contrato anterior, caso o objeto não tenha sido

concluído (inciso XI). Para tanto, exige-se a observação da ordem da licitação e que o convocado aceite as mesmas condições do contrato não executado em sua plenitude.

Outra hipótese que merece destaque é a contratação de pessoas ligadas à Administração (inciso VIII). O contratado deve ser órgão ou entidade da Administração Pública, criado para esse fim específico e ter surgido antes do advento da Lei nº 8.666/93.

É dispensável, de acordo com inciso XVII, a compra de componentes ou peça, nacionais ou estrangeiros, para a manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica. Carvalho Filho (2013) informa que o permissivo em questão deve ser vista com cuidados para que não configure ofensa ao princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da Constituição.

Em seguida e ressaltando que a explanação aqui proferida possui caráter pontual, isto é, mencionou apenas alguns dos mais de trinta permissivos para a licitação dispensável, chama-se a atenção para o art. 24, X, aplicável quando o Poder Público pretende adquirir ou alugar imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas. Aqui, as necessidades de instalação e localização devem condicionam a escolha e o preço ser compatível com o mercado.

4. HIPÓTESE DA COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL

4.1 IDENTIFICAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL NA LEI N.º 8.666/93

Inobstante a regra geral de obrigatoriedade de licitação pública para as contratações do Estado junto a terceiros, sobressai o permissivo legal de desnecessidade desse procedimento administrativo prévio, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X – para comprar ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o

preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

O caso em tela evidencia, portanto, a dispensa de licitação do tipo “dispensável”. Em situações dessa estirpe, a competição é viável e o legislador não afastou de plano a ocorrência de licitação. Nelas, o administrador possui o poder discricionário de realizar a licitação ou desconsidera-la, posto que lhe é facultado. Contudo, conforme mencionado no tópico 2.4.2, a discricionariedade do gestor é balizada pela regra geral de licitação, seus princípios próprios e o interesse público.

Portanto, segundo o Estatuto das Licitações, a contratação direta objetivando a ocupação de imóvel não ilustra caso de inexigibilidade, o que implicaria necessariamente a presença do fator de inviabilidade de competição e possuir arrimo no art. 25. Além disso, o legislador não conferiu o tratamento de licitação “dispensada” para a hipótese em abstrato, qual seria a impossibilidade de realização de licitação por imposição do art. 17 da lei.

4.2 ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO

A partir da leitura do inciso X, art. 24 e da divisão didática apresentada pela doutrina especializada, sintetiza-se a imprescindibilidade de observância a três seguintes requisitos cumulativos, a fim de configurar o permissivo legal de dispensa de licitação.

4.2.1 Atendimento das finalidades precípuas da Administração

A Administração pode localizar vários imóveis destinados à realização de suas atividades, contudo, para um que possa adquirido ou alugado mediante contratação direta, deve atender suas finalidades “precípuas”, extraídas o sentido do vocábulo, segundo qualquer dicionário de língua portuguesa, como aquelas principais ou essenciais. Fernandes (2013) apresenta como sugestão, para a classificação dos imóveis ocupados com esse intuito, a utilização de critério relacionado às atividades realizadas no espaço físico, atividades-meio ou atividades-fim. No caso dessas últimas é possível a contratação direta.

Ainda com fulcro na exigência, aspectos como volúpia e ostentação não devem ser prioridade, uma vez que não condizem com os princípios da Administração, a exemplo da eficiência e economicidade, além de serem incompatíveis com a realidade do Brasil, suas desigualdades sociais e a marginalização de boa parte da população carente de serviços públicos básicos.

Vendo por outro prisma, Niebuhr (2008) entende que a previsão legal de destinação do imóvel à busca das finalidades precípuas da Administração é redundante, porque, em sentido oposto, o Poder Público não poderia contratar de forma alguma, mesmo que através de licitação, haja vista estaria incorrendo em desvio de poder.

4.2.2 Necessidade de instalação e localização condicionando a escolha

Os motivos justificadores da seleção do imóvel a ser ocupado são as necessidades de instalação e localização. Fernandes (2013) afirma que esta exigência deve ser vista com cautela, porquanto a indicação da Administração não pode denotar qualidades exclusivas que levantariam suspeitas de pessoalidade no processo de escolha. Assim, é de bom alvitre a definição prévia das características e requisitos do imóvel demandado, trazendo à baila as demandas administrativas e combatendo o subjetivismo.

Explica-se, o estabelecimento de um Programa de Necessidades prévio ao cotejo com eventuais particulares obsta o direcionamento na celebração de futuro contrato administrativo. Além dessa providência apta a dar plenitude ao princípio da impessoalidade, pertinente é conferir publicidade à demanda da Administração através de chamamento público em diário oficial ou jornal de grande circulação. O TCU entende, inclusive, que a publicação é formalidade essencial e não deve ser relativizada, a exemplo dos termos presentes no Acórdão nº 992/2006: “providencie a formalização adequada dos atos referentes às aquisições de imóveis destinados às suas atividades precípuas, inclusive a publicação na imprensa oficial, conforme estabelecido no art. 26 da Lei nº 8.666/1993”. Por conseguinte, a transparência deve ser adequada ao fim

proposto, qual seja a procura por imóvel com as características estabelecidas e averiguar as opções disponíveis no mercado.

No momento do aparecimento de eventuais interessados, deve a Administração justificar a escolha do fornecedor, deixando expressos os motivos da recusa dos imóveis apresentados, mas não selecionados, de forma que restem evidentes os aspectos distintivos daquele outro escolhido. Essa é a recomendação constante no Parecer nº 01/2013 da Advocacia Geral da União, nos autos Processo nº 00407.001847/2013-61.

Visando a atender a esse desiderato, faz-se necessário atribuir ao planejamento de médio prazo, formalizado juntamente às equipes de engenharia e arquitetura, papel de destaque, de modo a estabelecer, preliminarmente, um padrão arquitetônico e de localização de eventuais imóveis que atendam ao interesse público, assegurando julgamentos objetivos.

No que concerne ao planejamento, ressalta-se a presença do Decreto nº 7.689/2012 na esfera federal, mencionando parâmetros a serem seguidos pelos órgãos e entes da sua esfera nos contratos de compra e locação de imóveis, conforme o art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Nos contratos para aquisição, locação, nova construção ou ampliação de imóvel, deverá ser observada a área média de até nove metros quadrados de área útil para o trabalho individual, a ser utilizada por servidor, empregado, militar ou terceirizado que exerça suas atividades no imóvel.

§ 1º No caso em que o imóvel for utilizado por mais de um órgão ou entidade, para fins de cálculo da relação de área média por servidor, empregado, militar ou terceirizado, deverão ser considerados todos os servidores, os militares ou terceirizados que desempenhem suas atividades no imóvel.

§ 2º Para a aquisição ou locação de imóvel devem ser consideradas todas as opções disponíveis no mercado, vedada restrição a qualquer bairro ou região, salvo quando houver atendimento ao público, caso em que poderá ser privilegiada a localização do imóvel em razão da facilidade de acesso do público alvo.

§ 3º O ministro de Estado respectivo poderá autorizar contratações que excedam o limite fixado no **caput**, desde que haja justificativa técnica, vedada a delegação de competência.

A importância do planejamento para os casos de compra ou locação de imóvel é realçada com o estabelecimento dessas diretrizes básicas que devem estabelecer um mínimo de uniformidade nas contratações públicas. Observando o parágrafo 2º, o que se percebe é uma espécie de reiteração ao pedido para ocupação de imóvel que atenda às finalidades precípua da Administração, pois a prescrição legal é no sentido de privilegiar as áreas de fácil acesso, o que nem sempre coincide com as áreas nobres da cidade, almejadas pela ânsia pessoal de alguns gestores.

Encerrando as tratativas acerca do requisito, insta informar que significativa parcela da doutrina e da jurisprudência (TCU) manifesta-se pela possibilidade de contratação direta para compra ou locação de imóvel somente quando apenas determinado imóvel específico possua as características de instalação e localização aptas a atender o interesse da Administração. Quer dizer, surgindo mais de um imóvel compatível com o Programa de Necessidades, não seria permitida a dispensa de licitação.

4.2.3 Compatibilidade de preços segundo avaliação prévia

O art. 26 estatuiu uma série de formalidades aplicáveis ao ente público que não efetiva a licitação, como forma de compensação parcial aos princípios deixados em segundo plano nos casos de contratação direta por inexigibilidade,

dispensa previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17, e dispensável no inciso III e seguintes do art. 24. Dentre dessas imposições, vale destacar a obrigação da presença, nos autos do processo administrativo, de justificativa de preço, consoante o parágrafo único do inciso III.

Logo, não há tanto ineditismo nesse requisito de compatibilidade de preços, posto que o inciso X do art. 24 está entre aqueles em que é imprescindível a tomada das providências do art. 26. Nessa temática, diz Niebuhr (2008, p. 492) que: “A Administração, antes de comprar ou locar imóvel, deve avalia-lo, justamente para evitar que se pague por ele valor acima do praticado no mercado”. Dessa forma, a avaliação prévia possui o escopo de garantir que o Poder Público não firme contratos administrativos superfaturados, resguardando o erário.

A dúvida surgida é a definição de qual é o agente competente para proceder à avaliação. Fernandes (2013) entende que, no caso específico de imóveis, a competência é de engenheiro. O eminente autor registra ainda que a avaliação deve necessariamente anteceder a compra ou a locação, e o não atendimento ao dispositivo pode desencadear penalidades a serem aplicadas pelos Tribunais de Contas. A Corte de Contas do Mato Grosso do Sul já editou súmula nesse sentido, *in verbis*:

(TCE/MS. Súmula n. 29)

A ausência de avaliação prévia do preço de locação do imóvel destinado ao serviço público, visando a verificação de sua compatibilidade com o valor vigente no mercado, enseja a declaração da ilegalidade e irregularidade do contrato e aplicação de multa ao responsável. (grifo nosso).

A seriedade que a situação reclama não pode ser olvidada pelos responsáveis em expedir parecer ou outro instrumento congênere para avaliação de imóvel. No entanto, corriqueiramente se observa na mídia a presença de contratos superfaturados celebrados por parte do Poder Público, para a compra

ou locação de imóvel, sem cumpridas as formalidades de avaliação prévia e/ou pesquisa de preços, afrontando de forma direta o comando legal.

4.3 NATUREZA JURÍDICA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA

A ordem jurídica vigente atribuiu tratamento de licitação dispensável para a contratação objetivando a compra ou locação de imóvel para atender às finalidades precípuas da Administração; precisamente no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93.

Todavia, com a realização de um apanhado histórico do instituto jurídico, relacionando, de um lado o dispositivo legal imediatamente anterior sobre a temática das Licitações Públicas (Decreto-Lei nº 2.300/86), e por outro ângulo a Proposta de Lei do Senado nº 559/2013, constata-se a mudança de tratamento legal para o caso de contratação direta em questão.

Simbolizando essa diferenciação, o Decreto-Lei nº 2.300/86, ab-rogado pela Lei nº 8.666/93, mencionava-se o seguinte no art. 23, *in verbis*:

Art. 23. **É inexigível a licitação**, quando houve inviabilidade de competição, em especial:

(...)

IV – **para a compra ou locação de imóvel** destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha; (grifo nosso).

Cabem duas considerações. Em primeiro lugar, a legislação anterior mencionava expressamente o instituto da contratação direta para compra ou locação de imóvel como um dos exemplos de inexigibilidade de licitação. De outra sorte, não havia a previsão expressa do requisito “preço compatível com o mercado segundo avaliação prévia”; ademais, observa-se a redação do termo “serviço público” em vez de “finalidades precípuas da Administração”, esse último previsto na atual ordem jurídica.

Como é sabido, a inexigibilidade de licitação encontra guarida nos casos de inviabilidade competição, ou seja, o processo de seleção não pode se desenvolver regularmente. Há impossibilidade de estabelecimento de parâmetros objetivos

para efetuar o julgamento entre as propostas, visto que o objeto perseguido pelo Poder Público é singular ou apenas um terceiro pode fornecê-lo a contento. Portanto, a inexigibilidade evidencia as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos, restando ao Poder Público forçosamente afastá-la

Devido à sua natureza, o rol de casos de inexigibilidade é *numerus apertus*, isto é, seja no decreto revogado seja no estatuto vigente, o legislador não anteviu todas as situações de inviabilidade de licitação, o que depende das circunstâncias do caso concreto e a postura do agente administrativo perante elas.

Ao eleger, a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público quando as necessidades de instalação e localização condicionam a escolha, como hipótese de inexigibilidade, o legislador do Decreto-Lei nº 2.300/86 buscou permitir a contratação direta somente quando presente um único imóvel para atender a demanda estatal. Caso contrário, a licitação seria obrigatória, conforme assevera a regra geral e os princípios da isonomia e competitividade, não sendo facultado à Administração, portanto, decidir se realiza ou não certame público com bases em critérios de conveniência ou oportunidade. Em outras palavras, não havia que se falar em licitação dispensável.

Em direção diversa, o atual estatuto das licitações enquadró a hipótese em tela como licitação dispensável, cabendo ao agente administrativo, assim, proceder ou não a licitação de acordo com o seu poder discricionário. Apesar disso, o requisito das necessidades de instalação e localização condicionando a escolha permaneceu no vigente instrumento, aspectos esses restritivos da competição segundo a finalidade do legislador do decreto revogado.

Paralelamente aos dispositivos supracitados, junte informar a tendência de aumento dos exemplos de inexigibilidade de licitação expressos, considerando o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Afora os três casos que atualmente figuram na Lei nº 8.666/93 e descritos nessa obra (fornecedor exclusivo, serviços técnicos profissionais especializados e profissional do setor artístico), sobressai no art. 56 do projeto a

“aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e localização tornem necessária a sua escolha”.

Ante o exposto, identifica-se uma tendência de tratamento normativo de inexigibilidade de licitação para a contratação direta buscando a compra ou locação de imóvel quando presentes os fatores condicionantes ou singulares de sua escolha (instalação e localização). O viés reviveria o primeiro dispositivo legal que conferiu tratamento explícito à matéria, o Decreto-Lei nº 2.300/86, e desconsideraria a natureza jurídica dada na legislação ora vigente. Pelo que parece, o legislador ordinário estaria “mudando de ideia” e almeja não permitir a contratação direta quando identificado mais de um interessado apto por Programa de Necessidades; privilegiando a isonomia e a competitividade – princípios basilares da licitação pública.

4.4 NATUREZA JURÍDICA SEGUNDO A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

Realizado levantamento doutrinário sobre a natureza jurídica do instituto, se dispensa ou inexigibilidade, obteve-se a seguinte conclusão de Fernandes (2013, p. 378), *in verbis*:

Trata-se, em verdade, de hipótese de inexigibilidade de licitação, visto que, uma vez existindo apenas um imóvel que satisfaça ao interesse da Administração, **estará caracterizada a inviabilidade jurídica de competição**. Nesse caso, se tão-somente um imóvel é que atende às necessidades, não haverá licitação, tendo o legislador preferido colocar a hipótese entre os casos de dispensa, embora isto seja doutrinariamente condenável. (grifo nosso).

Corroborando com a visão do eminente jurista, aduz Justen Filho (2012, p. 252), *in verbis*:

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. (...) Ou a Administração

localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; **na segunda, é impossível a locação ou aquisição.** A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. **Trata-se de hipótese de inexigibilidade de competição e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25.** (grifo nosso).

Outro autor que possui entendimento idêntico, ressaltando ser inevitável proceder à licitação pública se existir mais de um imóvel apto ao interesse administrativo, e defendendo a contratação direta na situação posta sob a forma jurídica de inexigibilidade, Niebuhr (2008, p. 490), *in verbis*:

A **contratação direta** encontra lugar nas situações em que **houver somente um imóvel** cujas características atendam aos interesses da Administração, pelo que, a rigor jurídico, está-se diante da hipótese já prevista no inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, **relativa à inexigibilidade provocada pela exclusividade do bem.** (grifo nosso).

Os argumentos dos autores, resumidamente, encontram respaldo na própria conceituação dos requisitos da contratação, notadamente o condicionamento de localização e instalação, os quais obstaculizariam a competição, encontrando arrimo, assim, na inexigibilidade. Não seria o caso de dispensa de licitação, pois neste o processo seletivo é possível e facultado.

De outra sorte, há quem ministre pela natureza jurídica de dispensa, ressaltando, outrossim, que apenas um imóvel pode atender realmente aos anseios administrativos. A doutrina é autorizada por Carvalho Filho (2013). Permissa vênua, cabe discordar do autor nesse aspecto, uma vez que a restrição de qualquer possibilidade de competição possui incompatibilidade com o regime de dispensa de licitação.

O TCU já se manifestou sobre o assunto várias vezes, materializado com a edição dos seguintes acórdãos:

Utilize, ao proceder à compra ou à locação de imóvel, o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93, somente quando identificar um imóvel específico cujas instalações e localização evidenciem que ele é o único que atende o interesse da administração, fato que deverá estar devidamente demonstrado no respectivo processo administrativo.

Acórdão 444/2008 Plenário

9.6. alertar a [...] que, doravante, caso haja a necessidade da locação de imóvel destinado a acomodar os profissionais de saúde que prestam serviços ao município, realize procedimento licitatório ou, em caso de dispensa prevista no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, autue processo correspondente, em que fique bem definida a situação de excepcionalidade e característica única do imóvel e a impossibilidade de competição.

Acórdão nº 5281/2010 – 1ª Câmara

Em jurisprudência recente, datada do segundo semestre de 2014, o TCU optou por permanecer com o entendimento ora firmado, o que ilustra pacificidade da temática no âmbito da Corte de Contas federal:

Na aquisição de imóvel mediante dispensa de licitação (art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93) faz-se necessária a conjugação de três requisitos: (i) comprovação de que o imóvel se destina ao atendimento das finalidades precípuas da Administração; (ii) escolha condicionada a necessidades de instalação e de localização; e (iii) compatibilidade do preço com o valor de mercado, aferida em avaliação prévia. É inaplicável a contratação direta se

há mais de um imóvel que atende o interesse da Administração. (...) Como destacado pela unidade instrutiva, “o próprio recorrente (...) confirma a existência de quatro imóveis selecionados pela Comissão ‘por atenderem aos requisitos exigidos pelo Conselho’, o que corrobora a tese exposta de que havia possibilidade de competição, o que torna inaplicável a contratação direta”. (...) Nesses termos, o Colegiado, acolhendo a proposta do relator, negou provimento aos recursos. **Acórdão 5948/2014 – 2ª Câmara, TC 000.218/2011-1**

A conclusão levada a cabo, segundo depreende-se da doutrina e jurisprudência, é no sentido de a contratação direta para a compra ou locação de imóvel estar enquadrada no regime jurídico de inexigibilidade, embora positivada pelo legislador enquanto dispensa de licitação.

Como consequência, autores como Niebuhr (2008) contestam a constitucionalidade do art. 24, X, alegando desvio do poder legislativo. Vale ressaltar, nessa seara, que o intuito dessa obra não é apontar o dispositivo como inconstitucional, tarefa conferida ao Supremo Tribunal Federal.

O eminente doutrinador aponta como alternativa a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, para o efeito de aplicar o art. 24, X, da Lei nº 8.666/93 apenas nos casos em que o imóvel visado pela Administração desfrute de características que o singularizem. Destarte, o hermeneuta deve aplicar o dispositivo nos mesmos padrões de um caso de inexigibilidade, e, uma vez apresentado mais de um imóvel que atenda ao delineado no Programa de Necessidades, deve proceder à licitação pública, porquanto a sua relativização não importaria prejuízo ou gravame ao interesse público.

Por derradeiro, considerando a plena aplicabilidade do dispositivo enquanto não sobrevenha outro que o revogue ou haja declaração de inconstitucionalidade, apresenta-se roteiro para a contratação direta seguindo a

orientação do TCU, adaptado do modelo exposto no Manual de Licitações e Contratos (2010, p. 634 e 635):

1. Solicitação do bem, com descrição clara do objeto (planejamento – Programa de Necessidades);
2. Justificativa da necessidade do objeto;
3. Caracterização da singularidade do objeto, evidenciando os aspectos de localização e instalação;
4. Chamamento público para averiguar a disponibilidade do mercado;
5. Aferição, pela unidade demandante, da compatibilidade das propostas apresentadas. Constatação de apenas um imóvel que atenda às finalidades precípuas da Administração, segundo as necessidades de localização e instalação, baseado em relatório técnico;
6. Avaliação do preço do imóvel pelo setor de engenharia, prévia à compra ou locação, para evitar o superfaturamento;
7. Indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
8. Juntada aos autos do original da(s) proposta(s);
9. Juntada aos autos do original ou copia autenticada ou conferida com o original dos documentos de habilitação exigidos;
10. Justificativa da situação de dispensa licitação, segundo exige o art. 26;
11. Parecer Jurídico;
12. Inclusão de quaisquer outros documentos necessários à caracterização da contratação direta;
13. Autorização do ordenador de despesa;
14. Comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa da licitação;
15. Ratificação e publicação da dispensa de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;
16. Emissão da nota de empenho respectiva;
17. Assinatura do contrato administrativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como meta desvendar a natureza jurídica da contratação direta visando à compra ou locação de imóvel observados os requisitos presentes no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93; se dispensa ou inexigibilidade de licitação. Para tanto, fora constatado inicialmente o quão é importante a relação contratual do Poder Público com terceiros, porquanto este não consegue, por seus próprios meios, prover-se de todas as utilidades que necessita no cumprimento de sua finalidade. Entretanto, tal relação não está livre de amarras consoante ocorre quando os dois polos da relação jurídica não pertencem à Administração Pública.

O produto resultante das amarras ou formalidades é a licitação pública, que possui razão de existir e importância na denominada Indisponibilidade do Interesse Público, própria do regime jurídico-administrativo. Feitas essas considerações, o estudo buscou descrever os princípios que cercam a licitação, entre eles a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a obrigatoriedade.

Tais valores revelam as minúcias do procedimento licitatório, sendo a isonomia vista como um resguardo ao caráter competitivo do certame, o que proporciona, em resultado, a seleção da proposta mais vantajosa à Administração. Logo, o agente administrativo, quando do exame interpretativo, deve levar consigo a igualdade de condições, pautada no estabelecimento tão somente de exigências objetivas e prévias, consoante estabelece o art. 37, XXI, da Constituição Federal e o art. 3º da Lei de Licitações.

Ademais, apresentou-se uma diretriz interpretativa, com base, sobretudo, nos ensinamentos de Niebuhr (2008), para a aplicação dos dispositivos do estatuto das licitações, considerando a teleologia constitucional de tratar o certame como regra e a sua desconsideração como exceção. Nesse contexto sobrevém o princípio da obrigatoriedade, que possui a dicção de propor tratamento restritivo tanto na criação legislativa quanto na interpretação das hipóteses de contratação direta.

Vencida a etapa, o estudo centrou-se nas contratações públicas diretas. O resultado foi a constatação do aumento crescente dos casos de desconsideração do certame. Concluiu-se também que o princípio da licitação não possui valor absoluto, quer dizer, em alguns momentos esse procedimento e seus princípios devem ceder espaço a outros valores como a economicidade e o interesse público maior, situações essas que devem ser elencadas prudentemente pelo legislador, sob pena de afronta ao comando constitucional. Observou-se também o estabelecimento de algumas exigências no art. 26 do estatuto, por exemplo, a justificativa de vantajosidade e de preço, como medidas de compensação parcial ao desprezo da licitação.

De mais a mais, passou-se a cotejar as espécies de contratações diretas sem licitação e suas peculiaridades. Porém, antes disso, foram tecidos alguns comentários acerca do fenômeno da flexibilização da licitação, que resulta na crescente aparição de hipóteses de contratação direta e na proposta de alguns estudiosos para a relativização de alguns licitatórios.

Neste momento, identificou-se um confronto entre a morosidade do procedimento além do suposto não atendimento do princípio da eficiência, frente aos princípios basilares da isonomia e competitividade. A solução, ao que se constatou, não seria o mero aumento dos casos de contratação direta pelo legislador, e sim o fortalecimento do planejamento no seio das repartições públicas, de modo que o procedimento licitatório seja instaurado com antecedência. Além disso, a edição de um novo diploma legal fortalecendo o caráter instrumental, afastando formalidades despropositadas, bem como a aplicação de contínuo treinamento dos servidores que labutam na área, atenderia aos anseios sem desconsiderar a regra constitucional da licitação.

Em seguida, o estudo apresentou a inexigibilidade como modalidade de contratação direta derivada da incompatibilidade na realização da licitação, isto é, a inviabilidade de competição se faz presente, disputa necessária para a realização do processo seletivo das propostas. Devido a seu caráter, não é possível ao legislador antever todas as suas possibilidades de ocorrência; positivados no art.

25 da lei três casos a título de exemplificação: fornecedor exclusivo, serviços técnicos profissionais especializados e profissional do setor artístico.

Diferentemente da inexigibilidade de licitação, ora restringida a competição em virtude do objeto peculiar pretendido e a impossibilidade do estabelecimento de parâmetros objetivos de julgamento, ora oriunda da restrição do mercado; a dispensa de licitação simboliza escolhas do legislador para a não realização do certame, apesar da sua viabilidade para se desenvolver a contento. O papel da discricionariedade ganhou destaque na obra, cabível nas hipóteses de licitação “dispensável” constantes no art. 24 da Lei nº 8.666/93. Como se observou, o poder discricionário encontra-se limitado pelos extremos delineados na lei e no programa constitucional de tratar a contratação direta como ressalva, devendo essa razoabilidade cercar o hermeneuta quando da escolha entre a realização da licitação e a sua dispensa, porquanto lhe é facultado.

Enfrentando o terceiro capítulo da obra, identificou-se a contratação direta para ou locação imóvel como licitação dispensável, segundo a escolha da legislação ordinária vigente. Observou-se, contudo, que tal enquadramento vai de encontro com a ordem jurídica anterior (Decreto-Lei nº 2.300/86) e o Projeto de Lei nº 559/2013 atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Neles, a contratação direta em questão encontra-se contemplada expressamente como inexigibilidade de licitação.

A apreciação dos três requisitos cumulativos que afastam a realização de licitação, presentes no inciso X do art. 24, acabam por restringir sobremaneira e inviabilizam a competição e foram quase que totalmente reproduzidos da legislação anterior para a atual. É imprescindível que o imóvel atenda às finalidades precípua da Administração, os aspectos da necessidade e instalação condicionem a escolha, bem como haja compatibilidade de preços e avaliação prévia. Após a explicitação de tais exigências, realçando a importância do planejamento, do Programa de Necessidades e sua publicidade para a verificação dos possíveis interessados na contratação, partiu-se para o tratamento da doutrina e jurisprudência.

Considerando principalmente o fator condicionante da necessidade /instalação do imóvel e a finalidade do decreto revogado que inaugurou a hipótese, boa parte da doutrina gabaritada apresenta a natureza jurídica de inexigibilidade. O Tribunal de Contas da União afirma que, para a caracterização da contratação direta, apenas um imóvel pode atender aos anseios da Administração, afastando também a possibilidade de competição.

Destarte, percebeu-se que a mentalidade adotada é a de realizar a licitação quando verificada o cotejo de propostas junto ao Programa de Necessidades, afastando-a, de outra forma, quando constatado que somente um imóvel atende ao interesse da Administração, ao encontro do que celebra a inexigibilidade.

REFERÊNCIAS

BARCHET, Gustavo. Direito Administrativo: série provas e concursos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL, Advocacia Geral da União (AGU). Parecer n° 01/2013 nos autos do Processo n° 00407.001847/2013-61. Brasília, 29 de Abril de 2013. Disponível em: . Acesso em: 09 dez. 2014.

BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____, Decreto n° 2.300, de 21 de Novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de Novembro de 1986. Disponível em: . Acesso em: 27 nov. 2014.

_____, Decreto n° 7.689, de 02 de Março de 2012. Estabelece, no âmbito do Poder Executivo federal, limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de Março de 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 nov. 2014.

_____, Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de Junho de 1993. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 1631. Relator: Valmir Campelo. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de Agosto de 2007. Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 1488. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de Julho de 2009. Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 444. Relator: Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de Março de 2008. Disponível em: Acesso em: 01 dez. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 5281. Relator: José Múcio Monteiro. Diário Oficial da União, Brasília, 01 de Setembro de 2010. Disponível em: . Acesso em: 01 dez. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 5948. Relator: Raimundo Carreiro. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de Outubro de 2014. Disponível em: <
<http://pt.slideshare.net/LicitacaoPublicas/jurisprudencias-do-tcu-outubro-2014>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 4ª ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU). Súmulas da jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2008.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do TCU. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*. Curitiba: Ano XVIII n° 209, p. 629-638, Julho 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOTAS:

[1] *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 361.

A CRIMINOLOGIA E SUA IMPORTÂNCIA NA ATIVIDADE POLICIAL

RAFAELLE JHONATHAS DE SOUSA GUIMARAES: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, aprovado no XIX Exame de Ordem Unificado e Policial Civil do Estado de São Paulo. Realizou diversos cursos pela Academia de Polícia Civil de São Paulo-ACADEPOL e Ministério da Justiça-SENASP. Postulante ao cargo de Delegado de Polícia.

Resumo: O crime é algo que inquieta e desestabiliza a paz social. O estudo e compreensão da ciência criminológica busca agregar uma visão ampliada dos diversos fatores desencadeadores do delito e tem sido propagada cada vez mais no processo de formação dos servidores da segurança pública, porquanto estimula a interação da teoria adquirida nos bancos acadêmicos para estar suficientemente preparado para o enfrentamento da realidade prática das ruas.

Palavras-chave: Criminologia. Segurança pública. Atividade policial.

Sumário: 1. Introdução 2. Apontamentos acerca da criminologia 3. Relevância na atividade policial 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O Estado por meio de seu sistema de justiça criminal tem fracassado em sua missão precípua de prevenção e enfrentamento à criminalidade. As estatísticas a cada ano mostram que a nomorreira penal, ou seja, a expansão da tipificação penal e o recrudescimento das penas, têm se mostrado ineficazes na prevenção delitiva. Prova disso é o aumento vertiginoso dos crimes hediondos e do tráfico de drogas, que após a vigência da legislação específica destes crimes, acreditava-se que haveria uma contenção, fato que não ocorreu.

O tópico Criminologia se faz presente na rotina acadêmica dos profissionais de segurança pública, ministério público e magistratura, sendo expandida para os melhores cursos de Direito, Psicologia e para a seara dos concursos públicos em geral. A inserção do seu estudo denota a preocupação de melhor entender causas e fatores que desencadeiam o fenômeno delitivo, principalmente por parte das instituições envolvidas na justiça criminal, em especial o policial, face o seu envolvimento direto no combate à criminalidade.

A partir da sua compreensão, é possível captar o porquê certas políticas de enfrentamento se mostram ineficazes e inserir novos estudos que são determinantes nas causas do fenômeno delitivo, trama que desde os primórdios da sociedade, têm avançado e se propagado em suas diversas modalidades. Coadjuva com outras ciências e disciplinas correlatas em razão da sua característica interdisciplinar e integradora.

A tríade das ciências criminais, Criminologia, Direito Penal e Política Criminal, mantêm interação, cada qual respeitando seus métodos e objetivos diferenciados, não se distanciando do intento comum, a compreensão do crime. Cabe à Criminologia coordenar e integrar conhecimentos a respeito do delito, do criminoso, do controle social a outras ciências afins, como a biologia, psicologia ou sociologia. Ao estudá-los de forma científica, visam a sua prevenção e interferência no homem delinquente. Ocupa-se do crime enquanto fato.

Noutra ponta, a Política Criminal é o elo entre o direito penal e a criminologia, trabalhando estratégias e meios de controle social, pois está incumbida de analisar as causas do crime e os efeitos da pena, propiciando ao poder público opções científicas pertinentes para conter a criminalidade. É, portanto, uma disciplina que dia-a-dia aponta mecanismos de prevenção como, por exemplo, mais policiamento ostensivo em determinado ponto estratégico, com vistas a coibir pequenos furtos e roubos, ampliação de iluminação pública em logradouros reduzindo a incidência de estupros etc.

O direito penal por sua vez, é a ciência normativa do "dever ser", que visa a proteção de bens essenciais ao convívio em sociedade, não realizando uma diagnose do fenômeno criminal. Este apenas cria normas e aplica penas, buscando desmotivar o cometimento de comportamentos criminosos. Analisa os fatos humanos indesejados, definindo quais devem ser crime ou contravenção e estabelecendo a respectiva pena. Ocupa-se do crime enquanto norma e se preocupa unicamente com a dogmática, isto é, com o crime enquanto fato descrito na norma legal para descobrir a adequação típica.

2. APONTAMENTOS ACERCA DA CRIMINOLOGIA

Diante desse breve intróito, faz-se necessário estabelecer um conceito de criminologia. É a ciência experimental e plural que possui como objetivo o estudo do crime, criminoso, vítima e o controle social no comportamento delitivo. Busca

compreender a dinâmica do crime e intervir nesse processo com o intuito de dissuadir o agente de praticar o crime. Apresenta ainda mecanismos de combate à problemática da criminalidade, harmonizando com outras ciências correlacionadas, no intuito de realizar troca de conhecimentos, em especial com a Medicina Legal, a Psicologia, o Direito e a Biologia.

Entre os estudiosos do tema há vários conceitos e em diversas obras. NUCCI, 2009. p. 60, por exemplo, enuncia que criminologia “É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta”.

Sem se distanciar muito da ideia acima, o ínclito Delegado de Polícia Nestor Sampaio explana de forma mais ampla:

“A palavra “criminologia” foi pela primeira vez usada em 1883 por Paul Topnard e aplicada internacionalmente por Raffaele Garófalo, em seu livro Criminologia, no ano de 1885. Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas. A criminologia é uma ciência do “ser”, empírica, na medida em que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como ocorre com o direito, que é uma ciência do “dever-ser”, portanto normativa e valorativa”. (PENTEADO FILHO, 2013, p.21).

A interdisciplinaridade da criminologia é histórica, bastando evidenciar que seus precursores foram o médico Lombroso, um jurista e também sociólogo Ferri e um magistrado, o juiz Raffaele Garofalo. A interdisciplinaridade busca a articulação de conhecimentos de várias outras ciências, inclusive não jurídicas, sem hierarquia ou submissão, mas apenas com visões das diversas ciências e profissionais que trabalham ladeados. Conta ainda, com o auxílio da geografia e estatística, visto que se utilizam dos dados demográficos, taxas de natalidade, migrações e mortalidade para sua compreensão e futuro mapeamento da incidência delitiva.

A partir dos estudos e levantamentos de dados, possibilita informar a sociedade, profissionais envolvidos e aos organismos estatais sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social, englobando um núcleo de conhecimentos que permita compreender de forma científica a problemática criminal.

O delito é um fenômeno que preocupa a sociedade e está presente todos os dias nas ruas e amplamente divulgada pela mídia sensacionalista e por vezes tendenciosa, que incute ainda mais a sensação de vulnerabilidade aos cidadãos.

Como toda ciência, a criminologia se fundamenta em objetivos comuns e seus estudos visam a identificação da gênese do crime, bem como a adoção de medidas preventivas. Modernamente a Criminologia se preocupa com o delito, o delinquente, a vítima e o controle social. No seu surgimento, os estudos pairavam somente em relação ao crime e o criminoso. Na escola clássica, denominada etapa pré-científica, não havia uma preocupação com a gênese delitiva e nem na sua prevenção.

Já a escola positiva, baseada no método científico e empírico, simboliza a passagem para a análise do mundo real e concreto. Preocupa-se com os aspectos psicológicos e sociológicos, relacionando as investigações com auxílio de outras ciências.

Para o direito penal, o crime está adstrito ao conceito de ação ou omissão típica, ilícita e culpável. A sociologia o define como um desvio de conduta de grande reprovabilidade. Por sua vez, a criminologia, vai além e não se contenta com a definição jurídica e sociológica, sendo mais abrangente o seu entendimento, porque o considera como um problema social e da comunidade. O caráter comunitário se dá, já que os indivíduos envolvidos na trama criminal advêm da mesma sociedade, devendo buscar os mecanismos causadores da criminalidade e o seu enfrentamento.

O estudo do delinquente também se mostra objeto de interesse, pois ao conhecer a sua personalidade e traçar características, pode-se compreender e prevenir o comportamento delitivo. É imprescindível para combater algo entender sua motivação, razões e de algum modo tentar modificá-los através da cooperação entre o Direito Penal e a Criminologia.

Primitivamente a vítima ocupava um papel secundário para o direito penal. Após o surgimento do saber criminológico o seu papel passou a ter relevância, em especial na dosimetria da pena. A vitimologia permite estudar a criminalidade com o viés do seu papel, pois irá colher informações das vítimas, fundamentais para esclarecimentos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. A vítima, portanto, tem um papel fundamental na estrutura do delito, em face dos problemas de ordem moral e psicológica.

3. RELEVÂNCIA NA ATIVIDADE POLICIAL

O vulto do estudo da criminologia na formação dos agentes de segurança pública deve ser franca e com o fim de melhor instruir, prevenir e reprimir o crime desde sua gênese até os seus possíveis desdobramentos. Busca fornecer informações seguras no intuito de nortear a política criminal e subsidiar as ações pertinentes à Segurança Pública. Dessa forma, fica evidente a imprescindibilidade de tal conhecimento aos atores desse nicho de atuação estatal.

Sua compreensão permite implementar técnicas de investigação baseadas em procedimentos e estabelecer uma espécie de engenharia reversa do crime cometido, como por exemplo, na reconhecimento visuográfica em sítios de homicídio, que nada mais é do que a reconstituição da cena através de fragmentos e vestígios deixados pelo agente delituoso, permitindo ao policial elaborar o seu perfil criminológico. Marco Antonio Desgualdo elucida de forma mais acertada sobre essa radiografia da cena delitiva:

“É a semente da futura investigação, depois de formalizada, levando-se em consideração seu dinamismo e praticidade. Traz em seu bojo desde o local, hora, dia do fato e da semana como também condições climáticas então existentes, além de acrescentar subsídios coletados junto às testemunhas e pessoas que tenham ciência dos acontecimentos. Traz ainda à colação minuciosa observação sobre o cadáver, identidade, possíveis hábitos, características comportamentais sustentadas pela vitimologia, além de croqui descritivo, resguardados os preceitos estabelecidos no art. 6º, I, do Código de Processo Penal”. (DESGUALDO, 1999 p.6)

Ademais, alerta e orienta que o policial conheça a comunidade no qual está lotado além do espaço geográfico, buscando conhecer o nível socioeconômico, a evasão escolar e dados econômicos do lugar onde ocorrem os maiores índices de crimes, principalmente contra o patrimônio. A criminologia permite um olhar amplo ao policial, uma vez que ao se deparar com a cena de um delito, pode-se entender o modus operandi, desenvolver olhar apurado no encontro dos rastros deixados pelo agente criminoso, podendo melhor compreender as causas e traçar estratégias para coibir sua reincidência.

O agente deve se conscientizar que o discurso de que cada instituição deve fazer a sua atribuição já não condiz com a realidade fática do momento. A polícia é base do controle formal do crime e deve buscar entender os problemas sociais na sua área de atuação ou circunscrição, colaborando e disseminando políticas de educação e lazer com os jovens em situação de risco, aproximando o poder estatal ao cidadão e, por conseguinte a comunidade que o rodeia.

“Os problemas de segurança são mais amplos do que as questões de competência propriamente policial. Ou seja, nem todos os problemas que afetam a Segurança Pública estão contidos no espaço legal e legítimo de ação das polícias. Daí a pertinência de incorporar outros atores no processo de produção democrática da Segurança Pública.” (MUNIZ 1999, p. 8)

Ainda quanto seu estudo, a elaboração das estatísticas criminais em muito auxiliam na prevenção, visto que é descoberta a real incidência delitiva em pontos específicos da cidade. A partir daí pode remanejar a alocação do policiamento repressivo e preventivo especializados, dando maior visibilidade da polícia para a sociedade. O crime é um fenômeno comunitário e a própria comunidade deve estar engajada em ações propostas pela polícia.

4. CONCLUSÃO

Observa-se que somente a criação de mais normas penais e o endurecimento de penas já não são mecanismos por si só eficazes no controle delitivo. Todos possuem mea-culpa (União, Estados e Municípios) por terem se mantido décadas

silentes na crescente desigualdade e exclusão social, principalmente com relação aos menos afortunados e moradores de bairros periféricos.

Uma política penitenciária ultrapassada e que não respeita a individualidade no tocante aos tipos de delitos, misturando pequenos punhuistas junto a traficantes e homicidas. A falta de empenho governamental na fomentação de políticas enérgicas de segurança e a interferência política na condução das secretarias de segurança pública, que geralmente são encabeçadas por membros do Ministério Público, são concausas do fracasso.

No tocante à interferência política nas estruturas das secretarias de segurança, com todas as vênias, os ilustres representantes do Ministério Público possuem grande saber jurídico, mas pouco conhecimento da realidade policial e administrativa de uma pasta tão estratégica.

O saber criminológico defende a implementação de uma polícia com o viés comunitário e formação do agente de segurança pública como promotor de mudanças na sua área de atuação, buscando práticas de inserção social e de cidadania. A participação ativa da comunidade na busca de resolução de conflitos e no controle informal. Neste sentido, torna-se fundamental para que o aparato policial seja funcionalizado de forma a preservar, fomentar e assegurar o exercício dos direitos à cidadania.

Entretanto há que se destacar que é necessária a participação de todos, sociedade civil e estado imbuídos no controle formal e informal da criminalidade, passando a não coadunar com pessoas que fazem do delito um modo de vida. É notório que ainda existe ranso e desconfiança de certas camadas da população no tocante a intervenção policial, principalmente em áreas periféricas, dada a ausência do estado nesses núcleos sociais e daí surgirem paradigmas distorcidos sobre a atividade repressiva, em razão de não compreenderem a forma enérgica de atuação em busca de traficantes, homicidas e outros criminosos que aproveitam desses locais para se homizarem. Não é comum que criminosos prestem assistência aos moradores locais com o intuito de criar uma falsa percepção de honestidade.

O relevo do seu estudo e compreensão na formação dos agentes de segurança pública deve ser franca e com intuito de melhor instruir, prevenir e reprimir o crime; Busca fornecer informações seguras no intuito

de nortear a política criminal e subsidiar as ações pertinentes à segurança pública. Dessa forma, fica evidente a imprescindibilidade de tal conhecimento aos atores desse nicho de atuação estatal, visto que propicia métodos científicos de técnicas investigativas, preventivas e assistenciais visando estabelecer uma espécie de engenharia reversa do crime, um perfil do criminoso e da vítima.

REFERÊNCIAS

DESGUALDO, Marco Antonio. **Crimes contra a vida-reconhecimento visuográfica e a lógica na investigação**. São Paulo: Acadepol, 1999.

MUNIZ, Jacqueline. **Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser** – Cultura e cotidiano da PMERJ. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal; parte geral e parte especial**. – 5. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio, **Manual esquemático de criminologia**. – 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL

DIEGO LIMA MENDES: Graduado em Relações Internacionais pela PUC-GO; acadêmico do 9º período do curso de Direito da Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
(Orientadora)^[1]

RESUMO: Esse estudo abordará a aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. Para isso, parte-se da verificação dos aspectos primordiais da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, através do contexto histórico do surgimento deste importante instituto, para, por conseguinte, avaliar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento imobiliário. Para embasar este assunto, adota-se o método de abordagem dedutivo, utilizando artigos da Lei de 9.514/97, Código Civil, CDC, bem como outras legislações específicas que tratam do tema, destacando como hipóteses de solução da problemática alguns pontos que necessitam ser esclarecidos na legislação vigente. A metodologia de pesquisa empregada é a coleta de levantamento bibliográfico do assunto por meio de doutrinas, legislação, jurisprudências, entre outros, imprescindíveis à pesquisa jurídica. Por fim, conclui-se pela legalidade do procedimento adotado na legislação vigente (Lei n. 9.514/97), bem como sua compatibilidade com o ordenamento de defesa ao consumidor.

Palavras-chave: Alienação fiduciária; bens imóveis; código de defesa do consumidor; financiamento imobiliário; artigo 53 do CDC.

ABSTRACT: This essay will approach the applicability of the consumer protection code to financing contracts secured by fiduciary transfer in guarantee of immovable property. For this, it is based on the examination of the fundamental aspects of fiduciary disposition in immovable property, through the historical context of the emergence of this important institute, in order to evaluate the applicability of the Consumer Protection Code to real estate financing agreements. To support this, the method of deductive approach is adopted, using

articles of 9.514/97 law, Civil Code, CDC, as well as other specific legislation that deal with this issue, highlighting as hypotheses to solve the problem some points that need to be Clarified in current legislation. The research methodology employed is the collection of a bibliographical survey of the subject through doctrines, legislation, and jurisprudence, among others, essential to legal research. Finally, the legality of the procedure adopted in the current legislation (9.514/97 law), as well as its compatibility with the consumer protection order, is concluded.

Key-words: Fiduciary disposition; immovable property; consumer protection code; real estate financing; article 53 of CDC.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. 3 A APLICABILIDADE DO ARTIGO 53, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/90) AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA (PELA LEI N. 9.514/97). 4 QUESTÕES POLÊMICAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA RELATIVAS À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS. 4.1 DA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE ANTERIORMENTE À VENDA EXTRAJUDICIAL. 4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL. 4.3 AÇÕES POSSESSÓRIAS CABÍVEIS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Boa parte da doutrina e jurisprudência, anteriormente à publicação da Lei n. 9.514/97, já aceitava uma possibilidade de um bem imóvel resolúvel ser garantia de uma obrigação principal, claro que não sob a forma e definição atual de alienação fiduciária^[2], mas com a roupagem de negócio fiduciário atípico, que seria válido por não existir vedação legal, conforme previa o art. 82 do Código Civil de 1916, desde que houvesse objeto lícito e agente capaz. (NEGRATO, 2010 apud MOREIRA, 1987) (NEGRATO, 2010 apud FORSTER, 1979).

A alienação fiduciária é um contrato com o intuito de constituir um direito real acessório de garantia. Este instituto possui a natureza jurídica de contrato

com efeitos reais, cujo fiduciário é proprietário resolúvel, sem as qualidades de disposição do bem e de uso, convenientes da propriedade plena (SAAD, 2001). Portanto, o direito real surgirá com o registro do instrumento que o constitui.

De acordo com Melhim Namem Chalhub (2009), a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis dota a legislação pátria brasileira de instrumento que possibilita a reconstrução do capital investido em financiamentos imobiliários, nas hipóteses de mora do devedor, em prazos e custos ajustados às necessidades da economia moderna, seguindo o modelo bem sucedido da alienação de bens móveis.

Para Carlos Henrique Abrão (2000), a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis serve para estimular o mercado imobiliário destinado à classe média brasileira, através de boas expectativas de aumento do crédito e redução das taxas de juros em função da maior segurança atribuída pela nova garantia.

Ao tratar do novo direito real introduzido pela Lei n. 9.514/97, Arruda Alvim em sua obra *Alienação fiduciária de bem imóvel* (2000, p. 153) esclarece que se objetivou uma:

Função multiplicadora da economia, com o resultado de imenso número de habitações, no que está implicada, uma enorme geração de empregos, o que significa e o que contribuirá decisivamente para a saúde econômica e social, particularmente do tecido social brasileiro.

Concepções diversas, no entanto, possuem os juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Eduardo Fucci e José Eduardo Loureiro, para quem acreditam que o novo ordenamento foi criado para atender aos anseios do mercado imobiliário, bem como das instituições financeiras, deixando de lado o interesse social de preservação de direitos do comprador/financiado para a lucratividade das construtoras e financeiras e a segurança dos investidores imobiliários, ou seja, a nova garantia poderia trazer para aos consumidores (e também ao fisco) prejuízos previsíveis, tornando-se assim, a nova sistemática de “mais um fruto do neoliberalismo econômico em moda” (2000, p. 355-356).

Um dos principais motivos que levaram ao nascimento do Sistema de Financiamento Imobiliário, inserido pela Lei n. 9.514/97 junto com a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, foi à presumida deficiência existente no direito real de hipoteca, perante a perspectiva dos financiadores, para quem a hipoteca não se torna um direito cômodo às precisões da economia contemporânea, principalmente por motivo do árduo e moroso processo judicial de execução hipotecária no caso da inadimplência da obrigação principal (NEGRATO, 2010 apud LIMA, 1962). Motivou, ainda, a expansão da alienação fiduciária em garantia aos bens imóveis, o vasto emprego desde a década de 60 do instituto quanto aos bens móveis, de modo especial pelo sucesso de seus instrumentos de proteção ao crédito (NEGRATO, 2010 apud LIMA, 1962).

Embora exista divergência na doutrina, conforme verificado acima, acerca do êxito do instituto e de seus principais privilegiados, torna-se evidente que a intenção primordial do legislador foi a de oferecer um mecanismo que trouxesse maior garantia à satisfação do débito. E isto pode ser entendido tanto como um modo de favorecer as instituições financeiras, construtoras e investidores imobiliários em prejuízo do consumidor, quanto como um meio de modernizar o mercado imobiliário, dando oportunidade a um número maior de pessoas para adquirirem um imóvel, e assim, incentivar o investimento privado. Este segundo posicionamento parece mais adequado às características e real sentido do instituto jurídico em estudo, contanto que sejam obedecidos os princípios norteadores da legislação pátria, resguardando-se direitos do consumidor/fiduciante e não admitindo o enriquecimento ilícito do fiduciário.

Dessa forma, por se tratar de um tema extenso e bastante relevante, os objetivos essenciais estão concretizados na tentativa de evidenciar algumas questões polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência relativas à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, dando um pequeno enfoque nas recentes alterações, no que tange a alienação de bens imóveis, ocorridas pela Lei n. 13.043 de 14 de novembro de 2014. Abordar-se-á para os que reputam o instituto prejudicial ao fiduciante/devedor, em geral consumidor pessoa física, essa estrutura infringiria o ordenamento preceituado no Código de Defesa do Consumidor, averiguando assim, a aplicabilidade do artigo 53 da Lei n. 8.078/1990 aos negócios regidos pela Lei n. 9.514/1997, questões que serão tratadas mais adiante.

A proposta metodológica adotada para a elaboração desse artigo científico foi exploratória, buscando informações relativas ao tema. Ademais, realizou-se uma pesquisa histórica e comparativa do instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, elucidando os aspectos polêmicos e interessantes desse sistema.

A metodologia foi executada com a coleta de documentos textuais, compreendendo legislações diversificadas, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico. Após o levantamento desses dados, foram ressaltadas as análises das questões da temática central e, ao final, a textualização e montagem do trabalho.

2 A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

A alienação fiduciária em garantia, conforme afirma Fábio Ulhoa Coelho (2006), pode haver como elemento propriedade já referente ao devedor e é com base nisso que o Supremo Tribunal de Justiça editou no ano de 1991, a súmula 28 do STJ, que preceitua que “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”. Assim sendo, pode o referido objeto ser tanto bem móvel quanto imóvel. Nesta senda, pode-se constatar que se trata de uma relação consumerista, sendo, dessa forma, dirigida pelo CDC.

Sabe-se que a alienação fiduciária dispõe de natureza puramente instrumental, pois compõe um intermédio de proteção para o credor e um meio de facilitar que o consumidor obtenha o que anseia. Assim, de acordo com Arnaldo Rizzardo:

Conceitua-se a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitada a restituição. Ou seja, trata-se de um negócio fiduciário de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a

propriedade de uma coisa móvel, permanecendo ele com a posse, e colocando-se na posição do depositário. (RIZZARDO, 2010, p. 1312)

O Código Civil de 2002, em seu parágrafo 3º do artigo 1.361 disserta acerca do retorno da propriedade ao adquirente: “A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária”.

O fator de distinção da alienação fiduciária está exatamente no seu intuito, ou seja, se cumprido o pagamento, o adquirente terá de volta o seu bem que foi dado em garantia, todavia, caso a dívida não seja adimplida, o credor/fiduciário fica autorizado a dispor do bem com o intuito de o seu crédito satisfeito, exceto nos casos em que o consumidor esteja discutindo no judiciário alguma cláusula que acredite ser abusiva[3]. Dessa forma, enquanto existir pendência no judiciário, não pode o fornecedor desfazer-se do bem, caso esteja em sua posse.

Nesse ínterim, tem-se como um dos fundamentais meios de utilização da alienação fiduciária, quando utilizado em conjuntamente ao contrato de compra e venda, que compõe um dos institutos em que mais se evidencia a relação de consumo.

No contrato de compra e venda em regra estão bem explícitos os polos do fornecedor e do consumidor. Nele averigua-se a passagem de domínio de um bem ou de algum direito.

De acordo com Orlando Gomes:

Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo em contraprestação determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente. (GOMES, 1997, p. 244).

Assim sendo, por tratar-se de uma relação de consumo, é regulada pelo CDC, ficando, deste modo, amparado legalmente o consumidor contra os excessos que o fornecedor vier a lhe submeter.

Devido à alienação fiduciária ser um instituto amparado na fidúcia e na permuta de bens ou direitos, quando agregada à compra e venda, oferece ao fornecedor maiores seguranças de que seu crédito será satisfeito. O consumidor em geral, ao efetivar uma compra e venda por meio de um financiamento, por exemplo, faz parte de uma relação triangular, que se expõe de forma mais complexa, por isso a obrigação da garantia dada em troca. O consumidor que deseja efetuar uma compra oferece ao fornecedor do objeto ou serviço algum bem ou direito que possa garantir a efetivação dos pagamentos das prestações, cedendo ao fornecedor o direito de dispor de tal segurança em caso de inadimplemento.

Em tais relações, é essencial que haja o respeito aos princípios basilares como o da boa-fé, por exemplo, para que não haja abusos ou que após o total adimplemento do contrato possa o consumidor reaver seu bem ou direito concedido em garantia sem qualquer prejuízo, sem cobranças em demasia e sem até mesmo a inclusão do consumidor no cadastro de restrição ao crédito de modo irregular^[4].

Neste seguimento, inúmeras decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e em todo país podem ser encontradas, sobretudo no intuito de proteção e defesa dos direitos do consumidor no que pertine acerca das taxas de juros elevadas e cobranças abusivas pelo fornecedor do crédito^[5]. Porém, em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça proporciona alguns entendimentos divergentes, ao favorecerem os fornecedores e respaldam acordos que por vezes podem ser bastante onerosos para o consumidor.

Em decisões realizadas, tem aceitado o STJ, a não limitação da taxa de juros remuneratórios em 12%, além da cobrança da comissão de permanência, situações que privilegiam o setor econômico e estão evidentemente sem consonância com o CDC^[6]. Entretanto, apesar destes entendimentos, grande parte dos julgadores tem optado pela defesa dos interesses dos consumidores, pois são eles que geralmente apresentam-se na relação contratual como a parte hipossuficiente, e geralmente os contratos possuem essas estipulações que não maioria das vezes são unilaterais (não possibilita ao consumidor discutir as cláusulas) e vastamente abusivas.

Portanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na alienação fiduciária em garantia adveio para ultrapassar algumas limitações da legislação, além de assegurar maior proteção aos contratantes, por ser um ordenamento legal seguro, com uma percepção de equilíbrio entre as partes. Atualmente há uma vasta jurisprudência acerca da alienação fiduciária, o CDC e as leis especiais, por exemplo, que aplicam o CDC, suas cláusulas gerais, arrolamento de cláusulas abusivas e facilidades processuais e que recusam a perda das prestações já pagas, como ajusta o seu artigo 53 e a venda do bem dado em garantia sem a inadimplência do consumidor, que será melhor estudado adiante.

Por fim, são fatores como esses que fazem com que o CDC seja de primordial na aplicação aos contratos de alienação fiduciária, visto que sua aplicabilidade de forma adequada impede que ocorram abusos tão frequentes, como os que aconteciam antes da sua existência.

3 A APLICABILIDADE DO ARTIGO 53, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/90) AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA (PELA LEI N. 9.514/97)

O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor^[7] prevê em seu caput que são nulas de pleno direito as cláusulas a perda por completo das prestações adimplidas pelo devedor em benefício do credor no que diz respeito aos contratos de compra e venda a prazo e nos contratos de alienação fiduciária em garantia e retorno do bem alienado.

Todavia, o posicionamento da doutrina é controverso no que tange a aplicação do referido ordenamento legal aos contratos de financiamento imobiliário assegurados por alienação fiduciária, elencados na Lei n. 9.514/97, especificadamente quanto ao método descrito na legislação para, em caso de insolvência, satisfazer o crédito fiduciário (artigos 26 e 27).

A grande maioria do entendimento da doutrina é que há o enquadramento da alienação fiduciária em garantia aos princípios, de interesse social e ordem pública, do Código de Defesa do Consumidor^[8]. Assim ressalta Adroaldo Furtado Fabrício (2000), que embora seja a Lei n. 9.514/97 posterior ao CDC, esta não criou entidade jurídica nova, visto que a garantia fiduciária já era permitida e amplamente conhecida para a obtenção de bens imóveis ainda antes da

publicação da aludida lei, incluindo, ainda, expressa previsão de utilização do artigo 53 do CDC para impedir desequilíbrio entre os polos em interesses dessa natureza.

No contrato de alienação fiduciária, não restam dúvidas de que a cláusula da perda dos valores adimplidos pelo consumidor/devedor em favor do credor deverá ser incluída como nula, de pleno direito; há inclusive jurisprudência pacificada^[9] acerca da aplicação do ordenamento consumerista aos contratos bancários.

A cláusula acima mencionada não se torna própria dos contratos de alienação fiduciária. Diferentemente do contrato de compra e venda de imóvel a prazo com ressalva de domínio, em que a desídia no pagamento geralmente provoca a deliberação do negócio e a recuperação do produto pelo credor-vendedor, a transação da alienação fiduciária é acessório de um contrato principal, em regra o de empréstimo, de modo que os débitos adimplidos pelo fiduciante concernem-se à amortização de um mútuo e não à liquidação de prestações do valor de um imóvel. Os montantes adimplidos pelo devedor correspondem-se, pois, à restituição do importe emprestado, acrescidos de juros e encargos contratuais.

Ademais, o mecanismo de compensação do crédito predisposto nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97 já pondera os valores adimplidos pelo fiduciante, na dimensão em que, fixado aquele em atraso e solidificado o domínio em nome do fiduciário, o imóvel terá de ser conduzido à venda pública, reportando-se no primeiro leilão como preço mínimo o da avaliação estipulada em contrato e no segundo leilão a quantia da dívida, já diminuída os importes pagos pelo fiduciante. Seja qual for as hipóteses, caso o bem seja vendido por valor superior ao do débito do devedor, o fiduciário está obrigado a lhe devolver a quantia que remanescer.

Caso seja o imóvel arrematado pelo valor da dívida, o fiduciário obrigar-se-á a dar quitação ao fiduciante. A principal discussão consiste, então, em se aceitar a desconsideração ou não de regulamentos de proteção do consumidor, no caso o fiduciante, pelo método de compensação de crédito instituído nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97, especificamente quando se estabelece o propriedade integral em nome do fiduciário.

Entre os doutrinadores que legitimam a oportunidade do fiduciante ser reembolsado dos rendimentos satisfeitos na hipótese de solidificação da propriedade em favor do credor ressaltam-se Guilherme Guimarães Feliciano (1999) e Renan Miguel Saad (2001). O posicionamento de Adroaldo Furtado Fabrício (2000) vai adiante, ao passo em que favorece a restituição ao fiduciante de parte do montante de arrematação, em todo o caso que sobrepujar o rendimento econômico apurado pelo devedor com o proveito do bem e a multa pela resolução do contrato, para retificar situação de demasiada onerosidade ao consumidor. A solução oferecida aparenta semelhar-se ao intitulado pacto marciano^[10], a qual permite que o credor permaneça com a propriedade do bem dado em garantia desde que compense o devedor pela diferença entre o valor do imóvel e o importe devido.

Distinto, entretanto, é a apreciação de Arnoldo Wald (2001)^[11], Arruda Alvim (2000)^[12], Melhim Namem Chalhub (2009)^[13] e Marcelo Terra (1998)^[14]. Supracitados autores acautelam, de maneira geral, que o mecanismo de restituição de crédito executado pela Lei do Financiamento Imobiliário (artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97) não viola pressupostos do ordenamento consumerista. Ainda que o artigo 53, do CDC, reporta-se explicitamente à alienação fiduciária, e considerando nulas de pleno direito exigências contratuais que determinem a perda de parcelas quitadas em prol do credor, não possuiria aplicação em negócios de financiamento imobiliário assegurados com alienação fiduciária, visto que nestes casos não se pressupõe a perda de parcelas adimplidas pelo devedor, a qual, na suposição de inadimplência, estas serão observadas no cômputo de averiguação do saldo devedor a ser liquidado com a hasta pública do bem.

Outrossim, diferentemente do que acontece no negócio de compra e venda a prazo, cujas prestações quitadas partem do patrimônio do devedor, no empréstimo com garantia pela alienação fiduciária, os importes adimplidos pelo fiduciante retrata, na realidade, restituição, em prestações, do pecúlio que lhe tinha sido prestado pelo fiduciário, somado de juros e encargos da transação jurídica, equivalentes ao pagamento do fiduciário. Dessa forma, o valor que o fiduciante quita corresponde a restituição da pecúnia do próprio fiduciário, somado de juros, ao passo que na compra e venda a prazo, o consumidor remete o seu respectivo montante ao fornecedor. Em virtude disso que, neste caso, tendo a rescisão contratual, o bem imóvel é restabelecido ao vendedor, restituindo-se

ao comprador as prestações adimplidas, diminuídas dos danos sofridos pelo rompimento contratual pelo gozo do bem.

Em contrapartida, os artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97 já instituem, por via de regra, procedimentos com o intuito de impedir o enriquecimento ilícito do fiduciário, que, na hipótese de inadimplência e solidificação da posse em seu nome, queda-se obrigatório a providência de hasta pública para a venda do bem imóvel. Na primeira hasta, o imóvel deverá ser leiloado pelo preço pactuado em contrato. Após a feitura da venda acaso a monta obtida for superior ao importe da dívida, somado das obrigações contratuais, tributos e encargos condominiais acometidos em relação ao bem e dispêndios próprios da alienação^[15], o que remanescer terá de ser devolvido ao fiduciante. Acaso não seja oferecido lance igual ou superior ao do importe do imóvel em primeira hasta, desenrola-se o segundo leilão, cujo imóvel poderá ser comercializado por valor igual ou superior ao do débito. Diante disso, restando infrutífero a hasta pública ou se o lance ofertado foi inferior ao do débito, esta é tida como extinta, obrigando o fiduciário promover quitação junto ao fiduciante.

Salienta-se que o levantamento do montante devido pelo fiduciante/devedor, a ser liquidado nos leilões públicos, leva em observação as parcelas por ele adimplidas.

A responsabilidade do fiduciário de restituir ao fiduciante o montante que sobrelevar o valor do débito, já descontados os importes pagos pelo devedor, objetiva exatamente impossibilitar o locupletamento ilegal do fiduciário.

A quitação do débito, se porventura restar frustrado inclusive a segunda hasta pública ou no caso de ser auferida oferta abaixo do montante da dívida, renunciada no artigo 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97, pode ser compreendida, conforme Melhim Namem Chalhub (1998), como um privilégio ao fiduciante se relacionada sua condição ao do devedor insolvente de transação de empréstimo sem citada precaução, na dimensão em que no empréstimo assegurado por alienação fiduciária somente o objeto da garantia será executado com o intuito de ressarcimento do quantum devido (crédito), ao passo em que naquele, regulado pelos artigos 586 a 592 do código civil, o credor pode pegar no capital do endividado mais de um bem objeto, suprimidos nitidamente aqueles que não são passíveis de penhora, para constituir ao montante total de seu crédito. De acordo

com o autor, esse seria um meio presumido pelo legislador para harmonizar o posicionamento do devedor/fiduciante em comparação ao credor/fiduciário que, além de sofrer a ameaça de ver suprimido o débito sem que haja a sua integral compensação, tem procedimentos mais céleres de conseguir, em reembolso, o patrimônio escopo do empréstimo e utilizá-lo mais uma vez em seu capital de giro.

Ainda que seja compreendido através da análise de minutas de contratos de empréstimos com garantia por alienação fiduciária viabilizadas pelas grandes financeiras brasileiras, que as cláusulas geralmente determinadas no negócio de alienação fiduciária não conteriam diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, qualquer eventual cláusula antevendo a extinção de parcelas quitadas pelo fiduciante será considerada nula, é o que regulamenta o artigo 53 do ordenamento consumerista. De resto, eventual contradição pensada dentro das regras examinadas nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97, e o artigo 53, do CDC (Lei n. 8.078/90), conseguiria ser remediadas perante os parâmetros cronológico e de especialidade, preferindo-se pelas primeiras, visto que, encontrando-se na semelhante categoria normativo, são subseqüentes ao CDC, além de dedicar-se, de forma especial^[16], da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

Em se tratando de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, possui posicionamento pela impertinência do pedido de fiduciantes insolventes quanto ao ressarcimento de prestações quitadas ao fiduciário, posto que acarretaria desproporção na relação contratual acaso fosse consentido ao consumidor usufruir do bem objeto no decurso de delimitado lapso de tempo, com indiscutível desvalorização daquele, e perceber em restituição, na hipótese de inadimplência, a totalidade do que adimpliu pela obrigação principal. Ademais, eventual excedente presente pela oportunidade da venda da propriedade garantida pertencerá aos devedores, não se enxergando, na possibilidade, descumprimento ao previsto no artigo 53, do CDC^[17].

Pode-se concluir, portanto, que a particular organização presumida nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97, quanto à restituição do débito resultante do contrato de alienação fiduciária, não se manifesta antagônico com as diretrizes da legislação consumerista e não ocasiona, por conseguinte, enriquecimento ilícito ao credor/fiduciário em desvantagem do devedor/fiduciante, não

impossibilitando, todavia, que o juiz, ao verificar o caso concreto, compreendendo que a solidificação do domínio integral em favor do fiduciário de objeto com montante em quantidade excedente e desigual ao do saldo devedor, ordene a compensação do prejuízo suportado pelo fiduciante.

A legislação pátria cível, como já demonstrado, proíbe o pacto comissório^[18]. Esporádica consolidação do domínio integral na pessoa do fiduciário não possuirá legitimidade jurídica, no caso de infrutíferos as duas hastas públicas, apenas se não houver equilíbrio entre o valor do bem objeto concedido em garantia e o importe devido. Nesse diapasão, com o intuito de impossibilitar o enriquecimento ilícito do credor, aconselha-se que ele seja forçado, para que permaneça com o domínio do bem, a restabelecer ao devedor a diferença resultante da desigualdade referida.

4 QUESTÕES POLÊMICAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA RELATIVAS À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

4.1 DA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE ANTERIORMENTE À VENDA EXTRAJUDICIAL

O atual ordenamento brasileiro não é claro quanto à necessidade de notificação do devedor fiduciante anteriormente à venda extrajudicial da coisa imóvel garantida por alienação fiduciária. Vale ressaltar, também, que inexistente, na legislação a recomendação da forma como essa comunicação deve ser realizada.

Essas informações normativas merecem ser esclarecidas a fim de dizimar a insegurança jurídica a que se submetem os credores/fiduciários e devedores/fiduciantes.

Ademais, já se concebem julgados da corte máxima em matéria infraconstitucional, STJ, que destinem essa imposição de comunicação prévia na hipótese de leilão extrajudicial de coisa imóvel.

Semelhante cenário de complexidade jurisprudencial distingue aqueles que procuram saber qual é o meio próprio de efetuação dessa notificação prévia.

Dessa forma, as partes envolvidas encontram-se entregues à eventualidade de uma vindoura solidificação jurisprudencial, em razão da omissão no ordenamento. Diante disto, erguem-se algumas reflexões.

Acoberta-se de razão o STJ no instante em que assegura ao devedor o direito de ser informado quanto a data e o local da execução da hasta pública do bem imóvel com garantia de alienação fiduciária. Afinal, ele possui o direito de supervisionar o procedimento expropriatório, pois poderá impugnar inesperadas arrematações por preços ínfimos.

Essa incumbência de ter que informar previamente não pode delimitar-se apenas aos casos de alienação fiduciária de bens móveis, mas faz-se necessário, também, o alcance da alienação fiduciária de bens imóveis, em razão da falta de qualquer distinção considerável entre os institutos com a possibilidade de contrapor os certames acima.

O ordenamento jurídico precisa progredir para o modo de efetuação dessa notificação prévia.

O devedor (fiduciante), absolutamente comunicado de que seu imóvel será levado à hasta pública a terceiros, percebeu notificação extrajudicial para adimplir a dívida, foi citado na ação de busca e apreensão do imóvel e suportou o desapossamento do seu bem imóvel. Todavia, o que ele não tem conhecimento é da data, hora e local do leilão extrajudicial.

Incoerente seria, nessa circunstância, determinar uma divulgação excessivamente cerimoniosa, posto que o fiduciante já se encontra a par da futura promoção do leilão, bem como em razão de que a solenidade somente atrasaria a transmissão do bem imóvel, podendo ocasionar uma desvalorização do bem pelo decorrer do tempo, e também em virtude de não ser conveniente avultar ainda mais o processo expropriatório.

É importante trazer à baila, também, que o meio de operação dessa notificação não pode ser mais convencional do que se demandou no princípio do percurso de cobrança da mora. Ou seja, antes de privilegiar-se com a solidificação do domínio do bem objeto da alienação fiduciária, o fiduciário/credor necessita produzir a notificação extrajudicial do fiduciante/devedor, através do cartório.

Este comunicado – de acordo com a orientação do STJ para os casos de alienação fiduciária de bens móveis – contenta-se com a entrega da notificação no domicílio do fiduciante, mesmo que não seja entregue diretamente a ele. Esta regra alonga-se aos bens imóveis, visto que o artigo 26, §3º, da Lei nº 9.514/97, satisfaz-se com a notificação via postal com aviso de recebimento (AR).

Dessa forma, a comunicação deve acontecer pelo modo mais rápido e fácil possível, visto que pode prejudicar a realização da hasta pública que já se encontra agendada. Todavia, não deve esquecer que não se pode trivializar essa notificação, para que não ocorra a inviabilização do direito do devedor/fiduciante em acompanhar o leilão.

Destarte, levando em consideração os fundamentos acima elucidados, afigura-se que o modo de realização da notificação pode ser equivalente a aquela imposta pelo STJ para os casos de inclusão do nome do devedor nos cadastros restritivos ao crédito, em que bastaria apenas a remessa da carta, sem que haja a necessidade de aviso de recebimento. É o que tem decidido o STJ, conforme julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 404/STF.

1. Para o cumprimento, pelos órgãos mantenedores de cadastros restritivos ao crédito, da obrigação de notificação prévia ao consumidor acerca da inclusão de seu nome no banco de dados (art. 43, § 2º, do CDC), basta a comprovação da postagem da aludida comunicação, dirigida ao endereço fornecido pelo credor, sendo desnecessário o Aviso de Recebimento (AR). Incidência da Súmula 404 do STJ15.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 737.739/RJ, 3ª Turma Rel. Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador Convocado do TJ/RS, DJe 15/03/2010)

Vale salientar que, a remessa da carta de notificação deverá acontecer com ao menos quinze dias de anterioridade, com o intuito de assegurar a entrega da notificação antes da realização do leilão extrajudicial.

É nessa perspectiva que determinada sugestão legislativa acerca do caso acima aludido deveria fundamentar-se nas seguintes proposições:

1. O devedor possui o direito de ser comunicado sobre o local e hora do leilão extrajudicial;
2. Os custos decorrentes desta notificação necessitam ser arcadas pelo fiduciante, através do acréscimo do montante da dívida;
3. A notificação deverá ocorrer via postagem sem aviso de recebimento e antecedência de 15 dias;
4. O domicílio do devedor será considerado aquele informado por ele na celebração do contrato que resultou a dívida em execução, cabendo ao devedor comunicar o fiduciário eventual atualização de endereço a fim de se evitar estratégias dirigidas a ocasionar a nulidade da hasta pública;
5. E, por fim, em caso do fiduciante não viabilizar o endereço ao fiduciário, a notificação poderá realizar-se por intermédio de publicação de edital, por um dia e com a antecedência de 15 dias, no jornal de maior circulação do local, ou, em caso de não haver imprensa diária na cidade, a notificação por edital poderá acontecer na comarca vizinha de fácil acesso.

Assim sendo, durante o tempo em que não houver ordenamento que preveja e esclareça isso, não encontrará qualquer dificuldade para que o Poder Judiciário resolva os casos concretos a partir das sugestões acima colacionadas, amparados nos procedimentos e princípios existentes.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL

No que diz respeito à constitucionalidade do leilão extrajudicial, trata-se de assunto contestado na doutrina pátria. Arruda Alvim (2000, p. 164), por exemplo, defende a constitucionalidade do leilão extrajudicial, afirmando que não afrontaria o devido processo legal e a ampla defesa, até mesmo em razão do Judiciário poder ser acionado em qualquer ocasião a fim de prevenir irregularidades e violações aos direitos.

Para o jurista Francisco Cláudio de Almeida Santos (1999, p. 36), também não há vestígios de inconstitucionalidade no processo de transferência do bem objeto alienado fiduciariamente nos casos de morosidade do devedor. Afirma que, na verdade não diz respeito a execução extrajudicial porque a propriedade já é do fiduciário, tratando-se, dessa forma, de venda de bem próprio. Em contrapartida, embora versasse de execução de bem de outrem, como previsível para imóveis hipotecados, não teria que se discutir sobre inconstitucionalidade, semelhantemente ao que se estabeleceu a jurisprudência naquelas circunstâncias.

Em posicionamento a respeito da constitucionalidade da Lei n. 9.514/97, o Tribunal de Justiça de São Paulo versou pela permissão da recuperação da propriedade alienada fiduciariamente:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LIMINAR PARA SUSPENDER A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL EM NOME DO CREDOR. INDEFERIDA. Não é inconstitucional o artigo 26, § 7º, da Lei nº 9.514/97. Inexistência da ofensa ao princípio da ampla defesa. Alegação de abuso nos cálculos das prestações de caráter genérico, insuficiente para impedir a consolidação da propriedade em nome do credor. Recurso improvido (AI 739.963-1/1-00, relator Desembargador ADHERBAL ACQUATI, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 15/9/2009).

O acórdão em análise, assim como a jurisprudência majoritária acerca do assunto, não considerou a arguição do fiduciante que contendia pela declaração

de afronta a Constituição Federal do processo extrajudicial de excussão do objeto cedido em garantia, estabelecido pelos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97. Portanto, chega-se à conclusão de que o procedimento utilizado para a restituição do credor na alienação fiduciária com garantia de bem imóvel não viola os preceitos constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

4.3 AÇÕES POSSESSÓRIAS CABÍVEIS

Há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que tange as ações possessórias admissíveis ao fiduciante, cessionário ou sucessor deste, principalmente no que diz respeito ao quanto previsto no artigo 30 da Lei n. 9.514/97, de ajuizamento pelo fiduciário de ação de reintegração de posse, apresentando como único aval para que haja a concessão da liminar a comprovação do bem em seu nome, com base no artigo 26 do ordenamento em destaque.

O autor Francisco Cláudio de Almeida Santos, além de salvaguardar a constitucionalidade do método adotado na lei do Sistema Financeiro Imobiliário, destaca que não há nenhuma novidade no mencionado artigo 30, posto que as ações possessórias previstas no Código de Processo Civil já confirmam reservas liminares equivalentes (1999, p. 35).

A jurisprudência majoritária tem entendido pela concessão de liminar da reintegração de posse, desde que haja a comprovação da consolidação do bem na pessoa do fiduciário, conforme podem ser observados os seguintes julgados abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Liminar indeferida – Imóvel adquirido em leilão da Caixa Econômica Federal – Propriedade comprovada mediante auto de arrematação – Observância dos requisitos autorizadores da liminar em reintegração de posse, aplicando-se o artigo 30 da Lei n. 9.514/97 – Decisão reformada para que o agravado desocupe o imóvel em 60 dias, contados a partir da publicação do acórdão. Recurso provido. (Agravo de Instrumento n.

991.09.0299990, relator Desembargador BERETTA DA SILVEIRA, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 11/11/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM IMÓVEL. Devidamente comprovada a consolidação da propriedade do imóvel em nome da fiduciária, cabível a reintegração de posse. Inteligência dos art. 26 e 30, da Lei nº 9.514/97. Decisão reformada. Recurso provido (Agravo de Instrumento n. 991.09.0409567, relator Desembargador FELIPE FERREIRA, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 2/12/2009).

Nos acórdãos acima aludidos é possível perceber que a Corte Paulista concluiu ser direito do credor fiduciário a concessão de liminar de reintegração de posse, vez que comprovada a solidificação da propriedade em seu nome, intimando, portanto, o fiduciante a desocupar o imóvel no prazo de 60 dias. Por se tratar de formalidade categoricamente prevista pela lei especial, deduziu-se que o seu exercício deve acompanhar à reintegração liminar da posse, livremente de julgamento de valor das alegações do fiduciante.

Em decisão no STJ^[19], de autoria da Ministra Nancy Andrighi, sustentou, diferentemente do que se conseguiria findar pela compreensão pontual do artigo 30 e do quanto determinado nos acórdãos previamente apresentados, que a ação de reintegração de posse apenas é viável depois do cumprimento da segunda hasta pública, através do prosseguimento coerente das ações reproduzidas nos artigos 26, 27 e 30 da Lei 9.514/97, do mesmo modo que o predisposto em seu artigo 37-A, no instante em que será exigida o custo de ocupação da propriedade pelo fiduciante a começar da data da alienação em leilão. Reproduz-se abaixo a ementa da decisão em destaque:

SFI – SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO PÚBLICO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI

9.514/97. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO
SISTEMÁTICA DA LEI.

- À primeira leitura, o art. 30 da Lei 9.514/97 indica que o credor de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária pode solicitar a sua reintegração na posse, independentemente dos leilões públicos de que trata o art. 27 da Lei, desde que tenha promovido a consolidação de sua propriedade, nos termos do art. 26 da Lei.

- A análise sistemática da norma, contudo, leva a outra conclusão. Se o art. 37-A da Lei fica a data dos leilões judiciais como marco inicial para o pagamento, pelo devedor, de taxa de ocupação, seria contraditório supor, antes desse momento a ilicitude da sua posse.

- A possibilidade de purgação da mora até a data da alienação judicial vem somar-se aos argumentos em prol da interpretação da Lei 9.514/97 no sentido de que o imóvel somente deve ser desocupado pelo devedor-fiduciante após a realização dos leilões públicos.

Medida liminar deferida.

A decisão descrita acima demonstra fundamentação arrojada e que fomentou diversos debates nos tribunais brasileiros. Ainda que uma observação destacada do artigo 30 da Lei 9.514/97 aparenta recomendar o cabimento da ação de reintegração de posse assim que consolidada a propriedade pelo fiduciário, a Ministra Nancy Andrighi rematou, compreendendo de modo sistemático o previsto nos artigos 26, 27, 30, e 37-A, do ordenamento em destaque, que a ação de reintegração de posse apenas é cabível depois da realização da hasta pública. A partir da sequência dos atos de composição da mora do fiduciante, da solidificação da propriedade na pessoa do credor, da imprescindibilidade de se efetuar a venda pública do bem objeto e, a partir de então, reportar-se a ação possessória admissível, o ordenamento determina como marco inicial para exigência de taxa de ocupação da propriedade pelo fiduciante a data de sua alienação em hasta pública. E é somente a partir do leilão do bem que o fiduciante

deve satisfazer o adimplemento do pagamento da aludida taxa de ocupação, compreendeu-se que antes disso a ocupação não seria ilegal, não tendo que se falar em expropriação autorizadora da ação de reintegração de posse.

Inobstante a isso, alguns autores entendem que não há que se falar em ação de reintegração de posse para o credor/fiduciário em razão deste nunca ter tido a posse direta e material do bem objeto. Contendo a propriedade indireta do bem objeto junto com sua propriedade fiduciária, o credor possui a posse ficta, em virtude de constituto possessório, não podendo realizar a ação reintegratória, não conquanto manifesta previsão do art. 30 pela probabilidade dessa medida judicial. Essa parte da doutrina acredita que deixa de ser legítima a posse do devedor em função da inadimplência, cabendo ao credor a impetração da ação de imissão da posse, para nela ser integrado pela primeira vez, semelhante modelo que seria apropriado ao terceiro arrematante.

Utilizando da ação de imissão na posse, fez valer o seu direito, através da ação de imissão na posse, terceiro adquirente do imóvel em hasta pública angariando o seu pedido de liminar para se introduzir na posse da propriedade, conforme decisão estabelecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

IMISSÃO DE POSSE – Liminar – Pretensão de reforma da decisão que deferiu pedido de medida liminar para imissão do agravado na posse de bem imóvel – Descabimento – Hipótese em que a Caixa Econômica Federal adquiriu o imóvel em questão, alienando-se ao recorrido, o que autoriza a imissão desta na posse do bem – RECURSO DESPROVIDO” (Agravo de Instrumento n. 633.84-4/2-00, relatora Desembargadora ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 10/11/2009).

Ao fiduciante que estiver em atraso com os seus compromissos caberá o ingresso dos interditos possessórios sempre que se sentirem ameaçados no desempenho de sua posse pelo próprio fiduciário ou por terceiros.

Por fim, insta trazer à baila, a recente mudança provocada pela Lei n. 13.043/2014 na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Esta alteração

foi bastante singela e apresentou como finalidade tão-somente deixar claro que o limite para adimplir a mora é computado da última publicação do edital. Confira:

De acordo com o § 4º do artigo 26 da Lei n. 5.914/97:

Art. 26: (...)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

Observa-se que a Lei n. 13.043 de 13 de novembro de 2014, no que tange a alterações realizadas na Lei n. 5.914/97, apenas estipulou o prazo para adimplemento da mora, que passa a ser contado da última publicação do edital, conforme segue abaixo:

Art. 26 (...)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, **contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.**

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu tratar da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos garantidos por alienação fiduciária de bem imóvel,

trazendo a importância da criação do instituto da alienação fiduciária para o desenvolvimento das relações comerciais em grande escala desenvolvida nas últimas décadas. A partir de uma maior certeza para o fiduciário e rapidez no ressarcimento do montante investido, viabiliza-se a disponibilização de maior quantidade de recursos ao empréstimo direcionado a incentivar o dispêndio de bens duráveis.

No transcorrer do presente artigo buscou-se expor os pontos que ocasionaram maiores desentendimentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira a contar da data da criação da Lei n. 9.514/97, que trata da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Da verificação dos assuntos mais divergentes entre os juristas que se dedicaram a estudar o instituto e de julgados sobre assuntos importantes, pode-se admitir que o processo extrajudicial de excussão do bem garantido e o método especial da ação de reintegração de posse estabelecido na possibilidade de composição da dívida do fiduciante não transgridem, em geral, princípios e dispositivos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, não se distanciando, no entanto, do Poder Judiciário a capacidade para decidir os entraves efetivos entre fiduciantes e fiduciários.

Tutela-se, até este momento, que a viabilidade do fiduciário permanecer com a propriedade do bem cedido em garantia após a frustração das tentativas de sua venda em hasta pública não caracteriza, de início, pacto comissório proibido por lei. Contudo, acaso comprovado irregularidade exacerbada entre o importe do imóvel e o valor devido, o credor poderá ser obrigado judicialmente a restituir ao devedor a discrepância averiguada, a fim de impedir o enriquecimento ilícito do fiduciário, sustentando-se pela compreensão e emprego dos dispositivos inseridos pela Lei n. 9.514/97, levando em conta nosso ordenamento jurídico como um todo e os princípios que lhes dão base.

A importância da matéria em sua contemporaneidade possibilitou a confirmação de que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, inserida em nosso sistema jurídico em 1997, chega preenchendo com sucesso a lacuna deixada pela inutilização da garantia hipotecária, sem confrontar, via de regra, com princípios previstos na Carta Magna e leis de proteção ao consumidor, revelando-se de grande finalidade para o incremento no âmbito imobiliário.

Por fim, através da apreciação da alienação fiduciária em garantia pôde-se adquirir o juízo de quão essencial é o cumprimento dos preceitos elementares, notadamente no presente caso o da boa-fé, a fim de que os contratos possam alcançar suas finalidades, em razão de que esta finalidade ampara-se na confiabilidade existente entre as partes. Ademais, constatou-se a importância que o Código de Defesa do Consumidor representa neste instituto, pois como as relações consumeristas são regidas pela confiança, principalmente por meio dos contratos de compra e venda, visam sempre manter o equilíbrio e equidade entre as partes contratantes com o escopo de evitar eventuais abusos por parte do credor, que na maioria das vezes é o membro mais forte do contrato. Com isso, o novo conceito contratual, prestigiado com o surgimento do CDC, surgiu para tornar mais equilibradas as relações contratuais, até mesmo nos contratos de adesão, aumentando o grau de confiança e fazendo com que se aumente o grau de segurança e honestidade entre os contratantes, seja porque valem-se da alienação fiduciária, ou qualquer outro instituto jurídico que por ele seja ajustado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Alienação fiduciária imobiliária**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Ano 3, n. 10. São Paulo: RT, out-dez. 2000, p. 251-256.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Alienação fiduciária de bem imóvel**. *O contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características*. Revista de Direito Privado, ano 1, n. 2. São Paulo: RT, abr.-jun. 2000, p. 147-176.

ÁVILA, Henrique. **Aspectos processuais da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis**. São Paulo: Sapiencia, PUC/SP, 105f, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 10/04/2017.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*/ organizador Yussef Said Cahali. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acessado em: 10/04/2017.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm Acessado em 10/04/2017.

BRASIL. **Lei nº. 9.514/97, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm Acessado em 13/02/2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.043/2014, de 13 de novembro de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm Acessado em: 10/04/2017.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Alienação fiduciária de bens imóveis. Adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor,** Revista de Direito Imobiliário, n. 45, p. 22-24 (1998).

CHALHUB, Melhim Namem e DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **A alienação fiduciária de bens imóveis em segundo grau.** Disponível em: <http://12ri.com.br/index.php?pagina=noticia&cod=102>

Acessado em 22/02/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, volume 4: direito das coisas e direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Belinda Pereira da e Bartechiuvi, Mário. *A alienação fiduciária em garantia à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.gentevidaeconsumo.org.br/dir_consumidor/belinda/alienacao_fiduciaria.htm>. Gente, vida e consumo. Acesso em: 20/02/2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: Teorias das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 25. ed. reformulada - São Paulo: Saraiva, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Alienação fiduciária de imóveis segundo a lei nº 9.514/97*. Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 80, Rio Grande do Sul, dez. 2000, p. 354-376.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia. Das bases romanas à lei 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

FORGIARINI, Giorgio. *Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3108>. Jus Navigandi. Acesso em: 20/02/2017.

FUCCI, Paulo Eduardo. *Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel*. RT 753, ano 87, São Paulo, jul. 1998, p. 80-83.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

LOUREIRO, José Eduardo. **Alienação fiduciária de coisa imóvel.** Revista do Advogado, n. 63, São Paulo: AASP, jun. 2001, p. 86-95.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** – 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENEZES, Danieli Borin. **A nova concepção contratual com base no código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária.** Revista Eletrônica do Curso de Direito. v. 2, n. 1. Rio Grande do Sul: UFSM, 2007. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6788/4104#.WRMx4qLDwdU> Acessado em: 03/02/2017.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada.** São Paulo: Sapiencia, PUC/SP, 2010. Disponível em:

<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf> Acessado em 03/02/2017.

OLIVEIRA, C. E. E. **Alienação fiduciária em garantia: reflexões sobre a (in)suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2013.

Disponível em: www.senado.leg.br/estudos Acessado em: 03/02/2017.

OLIVEIRA, Renata; MATSUBARA, Patrícia; FREITAS Raphael. **A utilização do pacto marciano em contratos de alienação fiduciária.** Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/noticias-lexpress/a-utilizacao-do-pacto-marciano-em-contratos-de-alienacao-fiduciaria> Acessado em: 14/03/17.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis.** Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 40.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **A regulamentação da alienação fiduciária em garantia.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 2, n. 4. São Paulo: RT, jan. –abr. 1999, p. 28-36.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia (lei nº 9.514/97, primeiras linhas).** Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

WALD, Arnaldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento.** Revista de Direito Imobiliário, Ano 24, n. 51. São Paulo: RT, jul.-dez. 2001, p. 253-279.

NOTAS:

[1] Professora Orientadora, Doutoranda em Tecnologia Nuclear pelo IPEN/USP, Mestre em Direito pela Universidade de Marília, Graduada em Direito pela Universidade Católica de Goiás – UCG, Professora de Direito Civil da Católica do Tocantins.

[2] A legislação então vigente previa alienação fiduciária somente para bens móveis.

[3] Nesse seguimento, decisão do TJ/RS, Apelação Cível 70019009273, j. 10.05.2007, Des. Dorval Bráulio Marques.

[4] Nesse entendimento, decisão do TJ/RS, Agravo de Instrumento 70020420741, j. 03.07.2007, Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery.

[5] Nesse sentido, decisão do TJ/RS, Apelação Cível 70010240000, j. 29.09.2005, Desa. Lúcia de Castro Boller.

[6] Nesse entendimento, decisão do STJ, Resp 894385/RS, j.27.03.2007, Min. Nancy Andrighi.

[7] Art. 53. Nos contratos de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

[8] Adroaldo Furtado Fabrício (Alienação, p. 371-372), Maria Helena Diniz (Curso, v. 4, p. 549), José Eduardo Loureiro (Alienação, p. 94-95),

Luiz Carlos Corrêa Junior (A alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor, RTJE, v. 178, p. 15, 2000).

[9] A Súmula 297 do STJ afirma *in verbis* que: “O código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. (RSTJ, v. 185, p. 666).

[10] De acordo com OLIVEIRA, MATSUBARA E FREITAS, 2016: “O Pacto Marciano consiste na permissão para que o credor adquira o bem dado em garantia, condicionada à avaliação do seu valor de mercado de forma independente por um terceiro à época do vencimento da dívida garantida. Com isso, permite-se ao credor o pagamento da diferença entre o valor de avaliação e o saldo devedor.

A estipulação do Pacto Marciano em contratos de alienação fiduciária permite maior celeridade na amortização da dívida em hipóteses nas quais o credor tenha interesse em adquirir o bem dado em garantia. Além disso, evita que o referido bem seja adquirido por preço vil em prejuízo do devedor, bem como disputas judiciais versando sobre a excussão da garantia na hipótese de inadimplemento.

Embora não haja expressa previsão legal sobre o Pacto Marciano, já existem doutrina e jurisprudência sobre o assunto, ainda que escassas, permitindo a sua estipulação em contratos de alienação fiduciária”. (<http://www.machadomeyer.com.br/pt/noticias-lexpress/a-utilizacao-do-pacto-marciano-em-contratos-de-alienacao-fiduciaria>) acessado em 14/03/2017.

[11] Para Arnaldo Wald (**Do regime legal**, cit. p. 272), “embora entenda que o contrato de financiamento imobiliário não se enquadra nos conceitos de produto ou serviço do CDC, ressalta que o valor pago pelo fiduciante não lhe é restituído em espécie mas na forma de abatimento do saldo devedor a ser satisfeito com o produto obtido em leilão, de modo a inexistir violação à regra do art. 53 descrito”.

[12] Arruda Alvim (**Alienação fiduciária**, cit. p. 154-162), “após defender a prevalência do sistema da Lei 9.514/97 em face do CDC, por ser especial e posterior em face das normas gerais deste, defende a inaplicabilidade do art. 53 em comento, por ser incompatível com as cláusulas típicas do contrato de alienação fiduciária, que não estabelecem perda de prestações ou resolução do contrato de compra e venda, mas a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, considerando-se os valores pagos pelo devedor na definição do saldo devedor”.

[13] Já Melhim Namem Chalhub [**Alienação fiduciária de bens imóveis. Adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito Imobiliário, n.45, p. 22-24 (1998)] “posiciona-se pela inexistência de incompatibilidade entre o art. 53 do CDC e as normas do Código Civil sobre o contrato de mútuo e da Lei n. 9.514/97, específica a respeito da alienação fiduciária imobiliária em

garantia de um contrato de mútuo, que, contudo, havendo conflito, devem prevalecer, embora ressalte que no mútuo garantido pela alienação fiduciária não se prevê a perda dos valores pagos pelo devedor, que inclusive é beneficiado pela regra do art. 27, § 5º, ao estabelecer a extinção da dívida na hipótese de inexistência de licitantes no segundo leilão”.

[14] Por fim, Marcelo Terra (**Alienação**, cit. p. 73-74) “salienta que o contrato não prevê a perda de quantias pagas pelo fiduciante, uma vez que a lei expressamente prevê a obrigação do fiduciário de entregar àquele o valor excedente ao débito que se obter com o produto da arrematação. Além disso, ressalta que na alienação fiduciária não existe a retomada do bem alienado por já ser a propriedade do fiduciário desde a contratação, além de não ser requerida a resolução do contrato, mas somente a consolidação da propriedade em nome do fiduciário”.

[15] Publicação de editais e comissão do leiloeiro, por exemplo.

[16] A autora Cláudia Lima Marques (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247) sustenta que os “raros casos de incompatibilidade de leis especiais novas tipificadoras de relações contratuais com normas gerais do CDC devem ser solucionados em favor das primeiras pelos princípios da especialidade e cronologia”.

[17] São exemplos os acórdãos proferidos no julgamento dos seguintes recursos: Recurso Especial n. 997287-SC (3ªT. Min. Nancy Andrighi, j. 17/12/2009, DJe 2/2/2010 e Recurso Especial n. 423905-RJ (4ªT. Min. Barros Monteiro, j. 28/5/2002, DJ 16/9/2002, p. 196).

[18] De acordo com Maria Helena Diniz, “o pacto comissório vem a ser a cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes anuem que a venda se desfça, caso o comprador deixe de cumprir suas obrigações no prazo estipulado. A venda está, portanto, sob condição resolutiva, só se aperfeiçoando se, no prazo estipulado, o comprador pagar o preço ou se, no prazo de dez dias seguintes ao vencimento do prazo de pagamento, o vendedor demandar o preço (AJ, 107:388); assim, se ele preferir exigir o preço, não poderá exercer ação resolutória. Com efeito, estabelece o Código Civil, no art. 1.163, parágrafo único, que, não efetuado o pagamento no dia avençado, o vendedor terá a opção de pedir o preço ou desfazer a venda, acrescentando que, se, em 10 dias após o vencimento do prazo, o alienante, em tal caso, não reclamar o preço, ficará desfeito o negócio de pleno direito (RF, 139:28). Percebe-se que não será necessário um pronunciamento judicial resolutório do contrato, porque este deixará de produzir seus efeitos automaticamente, o que não afasta, porém, a possibilidade de intervenção judicial, podendo o magistrado tão-somente declarar, formalmente, tal resolução contratual. Desfeita a venda, a coisa

voltará a integrar o patrimônio do vendedor (AJ, 76:515), que reporá ao comprador as quantias que dele recebeu. Nada obsta que esse direito do vendedor seja exercido pelos seus sucessores e contra os sucessores do comprador." DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria da Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Vol. 3.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[19] Medida Cautelar n. 15.590-DF, j. 27 de maio de 2009, publicada no DJ de 29 de maio de 2009.

HISTÓRICO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

VITOR VELOSO BARROS E SANTOS:

Advogado da União. Centro Universitário de João Pessoa.

RESUMO: O presente estudo visa mostrar as relações contratuais internacionais de comércio no âmbito do MERCOSUL e as Licitações Internacionais no bloco econômico. A evolução das relações comerciais deu origem aos contratos entre pessoas de distintos países. O Direito Internacional teve a necessidade de regular tal instrumento facilitador do comércio internacional, havendo tentativas de uniformização do direito comercial, como a UNCITRAL e o UNIDROIT, contando, também a pacificação dos litígios contratuais internacionais utilizando do instrumento da arbitragem.

Sumário: 1.CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO 1.1.BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES COMERCIAIS 1.3.DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS 1.3.1 Contratos internos e contratos internacionais 1.3.2 Breves considerações sobre a Harship Clause e a Lex Mercatoria 1.4 CONTRATOS INTERNACIONAIS COMERCIAIS 1.4.1 Tentativas de Unificação e Arbitragem 1.4.1.1 UNIDROIT 1.4.1.2 UNCITRAL 1.4.1.3 Arbitragem 1.5 Autonomia da Vontade.

1- CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

1.1 BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES COMERCIAIS

Determinar com exatidão a origem do comércio é algo extremamente difícil, entretanto podemos fazer uma breve análise de como as primeiras trocas comerciais evoluíram e chegaram ao patamar hoje conhecido, com trilhões de dólares circulando o globo nas mais diversas formas comerciais.

Sabe-se que no início da evolução humana, para que os produtores pudessem diversificar os produtos que tinham a sua disposição para sua subsistência, era necessário realizar trocas com outros produtores. De acordo com a evolução e a necessidade de do aumento da produção as trocas se tornaram obsoletas, fazendo surgir às moedas de trocas, um dos grandes impulsionadores da atividade comercial.

Grandes povos dominaram o comércio em seus tempos, desde os Egípcios no Rio Nilo, passando pelos Fenícios, em seguida os Gregos, mas foi em Roma, de onde surgiu a base para a criação da maior parte do ordenamento jurídico ocidental, que se desenvolveu um dos maiores centros comerciais da antiguidade, ali se observou a necessidade de resguardar o povo e o território romano, assim se começou a consolidar as primeiras formas de contratos, com o objetivo de dar maior força nos acordos interpessoais e garantir que a vontade das partes criem direitos e obrigações. [1]

Durante os séculos XV e XVI, houve a necessidade de expandir o comércio em razão do forte crescimento econômico que não mais se contentava com os limites territoriais europeus e com a alta dos produtos proveniente do oriente, fez necessário o desenvolvimento das navegações marítimas, outro grande marco no desenvolvimento comercial e contratual internacional, nesse período que começou a surgir a ideia dos seguros e de uma espécie de código entre os comerciantes da época, acarretando no surgimento da *Harship Clause* e da *Lex Mercatoria*.

Com o desenvolvimento das navegações, se deu início a uma fase de exploração e extrativismo das colônias nos diversos cantos do mundo, guiados por um estado absolutista e por empresas e investidores privados, com o objetivo de extrair a maior quantidade de metais e especiarias para alimentar a crescente demanda no mundo civilizado. [2]

A partir do advento da Revolução Industrial o comércio sofreu uma expansão jamais vista, dessa forma o contrato se transformou em um instrumento importantíssimo para a economia capitalista e para o desenvolvimento das relações internacionais comerciais, industriais e financeiras existentes no mundo aquela época.

Nas relações atuais os contratos exercem papel cada vez mais importante, principalmente com o surgimento da informática, alavancando cada vez mais relações comerciais entre pessoas de diversos locais do mundo.

Por fim, percebe-se que os contratos não são estáticos e acompanham a evolução das relações sociais da humanidade, adaptando-se de acordo com as suas necessidades.

1.2 CONTRATOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Observa-se, a princípio, que os contratos internos regidos pelo direito brasileiro encontram-se inseridos no Código Civil brasileiro na parte do Livro I “Obrigações”, e pode ser também, denominado como direito obrigacional, tratando-se de umas das fontes das obrigações. Entretanto o tema não se limita ao Livro I do Código Civil, muito da legislação aplicável aos contratos encontra base legal na Parte Geral do código, por se tratar de um negócio jurídico, assim para uma que possa se compreender o tema é necessária à análise também dos institutos intrínsecos as normas regentes dos contratos.

Dentre os requisitos do Código Civil para que o negócio jurídico seja válido encontramos a necessidade de termos um agente civilmente capaz, o objeto do contra necessariamente deve ser lícito, possível, determinando ou determinável.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.^[3]

Salutar a definição de Orlando Gomes^[4], onde dispõe que contrato é todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral cuja função específica é criar obrigação patrimonial. Nesta acepção distingue-se do ato-condição e do auto-regra, que, como o contrato, se formam pelo curso de vontades.

Trata-se de um ato bilateral, por se tratar de um acordo de vontade entre duas ou mais pessoas, a fim de produzir efeitos no mundo jurídico. Os contratos, ainda, exercem uma finalidade social, um função a qual o próprio Código Civil, em seu artigo 421^[5], dispõe com o objetivo de trazer equilíbrio aos parceiros contratuais, ou seja, trazer uma justiça contratual para que esse instituto jurídico sirva como impulsionador do desenvolvimento do comércio e das relações negocia.

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Segundo a doutrinadora Maristela Basso²^[6], contrato é um acordo de duas ou mais vontades que visa dar nascimento a uma obrigação ou a um direito real, bem como modificar ou extinguir uma relação preexistente. A tal acordo da pluralidade de vontades a lei confere efeitos de direito. A autora prega que o contrato apresenta dois elementos essenciais: I – o acordo de vontades pelo qual as partes acordam respeito ao objeto contratual; e II – a subordinação à lei.

Assim podemos determinar o contrato interno como um negócio jurídico, que tem por objetivo possibilitar relações entre duas ou mais pessoas, fundindo suas vontades para firmar obrigações no campo econômico e jurídico, além de criar, modificar ou extinguir direitos.

É relevante outro ponto que deve ser abordado no presente estudo é a questão da boa-fé dos contratos. Registre-se, inicialmente, que a boa-fé objetiva possui origem na Alemanha (*treu und glauben*), podendo ser conceituada como uma exigência de conduta leal dos contratantes, estando relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo por isso mesmo, a necessidade de previsão no instrumento negocial.

Destaca-se, dentre esses deveres, o de cuidado e de informação em relação à outra parte; o dever de respeito e de agir de acordo com a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de colaboração e cooperação; e o de agir com honestidade.

Diante do exposto, a quebra desses deveres anexos gera o que vem se denominando de violação positiva do contrato, expressão também conhecida como “cumprimento defeituoso” ou “cumprimento imperfeito”, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva.

Com efeito, o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: *“Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”*

No mesmo sentido, essa responsabilização independentemente de culpa está amparada pelo Enunciado n. 363 CJF/STJ, da IV Jornada: *“Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”*.

Nesse sentido, a violação positiva do contrato caracteriza inadimplemento, ainda que não ocorra mora ou inadimplemento integral do contrato. É que a violação dos deveres anexos, como se percebeu, independe de qualquer questão contratual principal, já que deriva diretamente da boa-fé objetiva.

Confirma, pois, a doutrina:

“A boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato” (Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto

Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 42).

Essa violação positiva não decorre do descumprimento da prestação principal do contrato, mas sim da não observância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

Desse modo, podemos afirmar que a violação positiva do contrato é uma espécie de inadimplemento contratual a imputar responsabilidade objetiva àquele que viola os deveres anexos, laterais ou secundários, que excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva.

Assim, além da relação com esses deveres anexos, decorrentes de construção doutrinária, o Código Civil de 2002, nos apresenta três funções importantes da boa-fé objetiva, quais sejam:

Função interpretativa (art. 113): *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”*

Função de controle (art. 187): *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Função integrativa (art. 422): *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”*

Sem embargo, a função interpretativa reflete a ideia de que os negócios jurídicos devem ser interpretados a luz da boa-fé objetiva. Nessa função, a boa-fé objetiva se consagra como um meio auxiliador do

aplicador do direito para a interpretação dos negócios, de maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé.

Vê-se, assim, que a boa-fé objetiva apresenta-se como um cânone interpretativo, um referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade.

É o ensinamento da doutrina:

“A função interpretativa da boa-fé objetiva indica a forma como o intérprete irá pautar-se para buscar o sentido adequado de examinar-se o conteúdo contratual fundado na observância da boa-fé nas relações jurídicas contratuais. A boa-fé objetiva apresenta-se assim como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade, que na teoria dos negócios jurídicos, possui papel essencial, na contemporaneidade.” SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. Boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3118, 14 jan. 2012.

Diante disso, tem-se que o disposto no artigo 113 do Código Civil é norma cogente, não podendo ser afastada pela vontade das partes, que deverão comporta-se, obrigatoriamente, nos negócios jurídicos segundo os ditames da boa-fé.

Por outro lado, dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, de controle e integrativa), a boa-fé objetiva exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito.

Nesse diapasão, a função de controle se relaciona com o abuso de direito. Cuida-se da impossibilidade de exercer direitos contratuais que se mostrem abusivos. A ideia é de que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito.

Imperioso relembrar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, o seguinte escólio doutrinário:

Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da I Jornada de Direito Civil. Não se olvide que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada, pela presença de cláusulas abusivas.” (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 4a ed. São Paulo: Método, 2014. p. 443);

Por fim, temos a função integrativa. Ela se relaciona com os já mencionados deveres anexos da boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé objetiva impregna inteiramente a relação contratual, desde os momentos pré-negociais até a fase pós-contratual onde se tem efeitos reflexos dos contratos.

Nesse norte, é através da função integrativa que se irradiam os deveres anexos de conduta.

Com relação à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois Enunciados das Jornadas de Direito Civil do CJF/STJ:

Enunciado n. 25 CJF/STJ, da I Jornada: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

Enunciado n. 170 da III Jornada: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do

contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Embora semelhantes, o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico.

Por outro lado, e no que concerne aos conceitos parcelares da boa-fé objetiva, a doutrina lembra que *“é importante tecer considerações acerca de alguns tipos específicos de atos abusivos, que, embora reunidos ao redor da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), possuem características próprias, particulares”* [7] Ela nos remete, assim, as figuras parcelares da boa-fé objetiva, dentre elas, o *venire contra factum proprium*.

Baseado nas linhas retro, podemos afirmar que uma das principais funções do princípio da boa-fé é a de controle, que veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando se caracterizar abuso de direito. É no âmbito dessa função limitadora do princípio da boa-fé objetiva, diz o jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, p. 254), *“que são estudadas as situações de venire contra factum proprium (...)”*. Porém, maior parte da doutrina entende que é na função de integração aonde estão os conceitos parcelares da boa-fé objetiva). [8]

A proibição de *venire contra factum proprium*, ou pela “teoria dos atos próprios”, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. É dizer, deve-se proteger a parte contra aquele que pretenda exercer uma conduta em contradição com o comportamento assumido anteriormente.

É imperiosa, por oportuno, a doutrina de Flávio Tartuce (2014, p. 450)

“Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho específico sobre o tema no Brasil, podem ser

apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório:

- 1.º) um fato próprio, uma conduta inicial;*
- 2.º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta;*
- 3.º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo;*
- 4.º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.*

A relação com o respeito à confiança depositada, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, é muito clara, conforme consta do Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil: “A vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

O citado entendimento, doutrinário, por sua vez, tem o beneplácito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior” (STJ, REsp 95.539-SP, 4ª T., rel. Min. Rosado de Aguiar)

Por essa razão, é necessário constar frisar que o venire contra factum proprium não é restrito ao direito privado, tendo aplicação no Direito Administrativo. Por seu turno, ele se aplica a administração pública.

Nesse aspecto, dispõe o STJ:

*“Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.(...)”
(RMS 20572 / DF).*

Assim, sob tal perspectiva, a teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu proceder. Ou seja, o venire contra factum proprium veda condutas contraditórias ao agente público em face do princípio da boa-fé objetiva na seara pública.

1.3 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

1.3.1 Contratos internos e contratos internacionais

As regras mais comuns para identificar o que sejam os contratos internacionais em contraposição aos “nacionais” relacionam-se com o domicílio das partes em diferentes Estados, além de refletir o fluxo de serviços, tecnologias ou valores entre Estados e pessoas em diferentes territórios. A formação dos contratos internacionais é um ponto relevante e presente na maior parte da doutrina sobre este instituto, pois a má redação de tópicos importantes no momento de sua constituição pode causar sérios problemas na fase de execução do contrato.

Do feito é necessário um estudo detalhado entre as distinções entre os contratos internos e os denominados contratos internacionais.

Após esse breve introito sobre o tema contratos no ordenamento jurídico brasileiro, devemos, então, distinguir os contratos internos dos contratos internacionais. Tal distinção pode ser resumida brevemente,

onde no contrato denominado interno temos o objeto contratual, os contratantes e todos os elementos da relação encontram-se amparados pelo mesmo ordenamento jurídico, e no denominado contrato internacional as relações de entrelaçam em distintos ordenamentos jurídicos.

O doutrinador Irineu Strenger^[9] leciona em sua obra denominada “Contratos Internacionais do comércio” que o contrato internacional tem origem no intercâmbio entre Estados e pessoas, com uma cultura contratual e jurídica diversa daquela usada no outro país, assim com por ser composto de especializações e subespecializações, faz-se necessário sua evolução de acordo com os pactos e convenções internacionais, que acabam refletindo as necessidades concretas.

Dispõe, ainda, a importância de tais contratos como forma de alavancar o comércio global, e mais amplamente, nas relações internacionais entre os Estados que mantém relações comerciais.

De tal sorte, observamos que os contratos internacionais fundam-se, principalmente, nas relações internacionais comerciais, em razão do crescente desenvolvimento econômico e populacional das nações, fazendo necessária sua interação com distintos países a fim de ampliar cada vez mais sua atividade comercial.

1.3.2 Breves considerações sobre a *Harship Clause* e a *Lex Mercatoria*

Pode-se dizer que a cláusula de *hardship* consiste numa norma de revisão, cujo objetivo é a reorganização do equilíbrio contratual, com o propósito de readaptá-lo, preservando a equidade das partes ao novo contexto gerado pela superveniência de fato imprevisível, ou, não sendo possível a reorganização, proceder à resolução do contrato sem onerar excessivamente qualquer das partes.

Tal cláusula teve origem e desenvolvimento a partir do comércio internacional, onde a segurança das embarcações era precária e esse instituto servia de garantia aos comerciantes da época, sendo usada até os dias atuais.

A *Lex mercatoria* foi um sistema jurídico desenvolvido pelos comerciantes da Europa medieval e que se aplicou aos negociantes e marinheiros de todos os países do mundo até o século XVII. Não era

imposta por uma autoridade central, mas evoluiu a partir do uso e do costume, à medida que os próprios mercadores criavam princípios e regras para regular suas transações. Este conjunto de regras era comum aos comerciantes europeus, com algumas diferenças locais.

Thaís Cíntia Cárnio define a *Lex Mercatoria* como “um extenso conjunto de regras emanado por organismos internacionais, entidades particulares ou de origem convencional de natureza “quase-legal”. Caracterizando “um sistema de múltiplas fontes, consuetudinário, convencional, jurisprudencial e arbitral, que formam as normas regentes do comércio internacional, em suas diversas manifestações”^[10]

1.4 CONTRATOS INTERNACIONAIS COMERCIAIS

Após uma breve introdução do tema contratos, passando do tema na legislação brasileira e traçando comentários sobre os contratos internacionais, vamos à análise dos contratos internacionais de comércio.

Maristela Basso^[11] dispõe três fases ditas fundamentais quanto à classificação dos contratos internacionais: (i) a formação (geração), (ii) a conclusão (aperfeiçoamento) e (iii) a execução (consumação).

Na formação temos um período de geração propriamente dito, onde o contrato internacional deixa o plano da cogitação e entra para o da existência, assim dar-se início a um sucessivo processo de atos que irão culminar na conclusão do negócio.

Assevera, ainda, que a formação dos contratos internacionais comerciais diferencia-se dos contratos nacionais em razão da complexidade exigida para a garantia do sucesso da negociação. Os contratos pátrios baseiam-se basicamente na lógica da “oferta x aceitação”, sem maiores exigências com relação a sua construção.

Observa-se que tal complexidade se da em razão dos distintos ordenamentos jurídicos aos quais os contratantes estão submetidos, de tal maneira se faz necessário à prática de atos mais bem analisados, para que a negociação possa ter o sucesso pretendido.

Assim, devemos enxergar a formação como um ponto de partida de uma jornada ao desconhecido, pois o estudo de uma legislação estrangeira necessita de um estudo mais detalhado, dessa forma, não se aplica apenas a “oferta x aceitação” dos contratos nacionais, pois os ordenamentos jurídicos das partes contratantes podem não ser compatíveis causando graves danos econômicos ou pessoais.

Por isso que nos contratos internacionais de comércio são praticados atos consecutivos, ou degraus como prefere Maristela Basso, que visam diretamente a celebração do contrato.

Não podemos, entretanto, confundir a formação com a conclusão dos contratos internacionais de comércio.

Salutar é a diferenciação da formação e da conclusão feita por Francesco Messineo, citado por Maristela Basso,^[12] *in verbis*:

é preciso levar em consideração tal distinção porque os termos 'formação' e 'conclusão' são empregados promiscuamente como sinônimos, quando na verdade não se equivalem, se é verdade que 'conclusão' designa somente o evento terminal do procedimento de formação, o qual, portanto, é conceito mais vasto e compreensivo.

Conclui-se, portanto, que a formação é o meio ao qual ira se chegar a conclusão do contrato internacional de comércio. Saliente-se que a conclusão não é de realização obrigatória, pois já que as partes são livres contratantes o negócio pode não acontecer em razão de diversos motivos.

Com relação à execução trata-se da fase onde o objeto do contrato é realizado, seja uma compra e venda ou um empréstimo (na transação), ou seja, uma obrigação de fazer (com a efetiva execução do ato).

Desse feito, temos há a conjugação de atos que buscam consenso entre as partes e que desfrutam de validade para identificar e externar as vontades manifestadas.

O livro de Tháís Cíntia Cárnio^[13] cita o pensamento de José Maria Espinar Vicente extraído da obra *Contratos internacionais do comércio*, de Irineu Strenger, ao qual julgo salutar sua transcrição:

Vale ressaltar o posicionamento de José Maria Espinar Vicente, que define contrato econômico internacional de acordo com os seguintes pontos: (a) contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais entre empresas de diferentes países; (b) contratos nos quais pelo menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, sempre no que se refere à matéria objeto do contrato; (c) contratos que não afetam apenas os Estados diretamente conectados à operação, mas, dadas a concentração oligopolista dos bens e a estrutura do comércio mundial, geram efeitos que recaem sobre todos os integrantes da área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem; (d) contratos que interferem nos interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem ao setor de atividade da operação, dada a organização transaccional dos poderes econômicos privados; (e) contratos cuja forma responda a características peculiares, tais como homogeneidade de suas disposições, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada¹.

Passo a análise dos pontos supracitados pela autora:

a) contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais entre empresas de diferentes países: são os contratos mais comuns nas relações comerciais internacionais, em razão de tratar da forma mais comum de comércio, acondicionando apenas o elemento internacional;

b) contratos nos quais pelo menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, sempre no que se refere à matéria objeto do contrato: percebe-se que tal tipificação sobrepõe a

característica nacional do contrato em razão da relevância econômica de uma das partes contratantes no meio internacional, podemos citar a compra de uma empresa brasileira por um grande grupo econômico internacional;

c) contratos que não afetam apenas os Estados diretamente conectados à operação, mas, dadas a concentração oligopolista dos bens e a estrutura do comércio mundial, geram efeitos que recaem sobre todos os integrantes da área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem: devemos entender essa classificação de uma perspectiva mais ampla, trata-se de um contrato relativo ao um bem ou serviço que atinge uma área do mercado de forma a impactar outros países que mesmo estando fora dos polos contratantes serão afetados, como exemplo pode citar os contratos relativos à compra de gás e petróleo;

d) contratos que interferem nos interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem ao setor de atividade da operação, dada à organização transacional dos poderes econômicos privados: em razão da complexidade de certas empresas multinacionais, observa-se que certos contratos internos podem modificar os seus interesses corporativos no ambiente internacional;

e) contratos cuja forma responda a características peculiares, tais como homogeneidade de suas disposições, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada:

Entretanto tal tipificação não é absoluta, como a autora, observa-se que as relações contratuais comerciais relativas às relações consumeristas não se incluem na tipificação supra, em razão da matéria e a especificidade do tipo de relação estabelecida.

Analisando a matéria do direito do consumidor, temos duas partes que atuam em desigualdade de forças, por um lado o fornecedor com o capital e do outro o consumidor com sua hipossuficiência, assim tal realidade não se adéqua à relação à caracterização de contrato comercial, não podendo ter como base as mesmas normas aplicáveis aos demais contratos comerciais internacionais.

1.4.1 Tentativas de Unificação e Arbitragem

1.4.1.1 UNIDROIT

No cenário internacional, durante a década de 30 foram elaborados os primeiros estudos com o objetivo de criar uma legislação uniforme sobre a matéria contratual internacional, principalmente nas relações de compra e venda. Tais estudos, elaborados pelo Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado, ou UNIDROIT, uma organização intergovernamental com os objetivos de desenvolver as relações internacionais entre os Estados membros, aprimorando e aproximando os seus sistemas jurídicos.

Durante esse período os agentes do comércio internacional já enxergavam a necessidade de harmonização das regras aplicáveis, principalmente, aos contratos internacionais de compra e venda.

Tendo sua origem e estrutura oriunda de diversos países, e baseando-se como método de uniformização, as convenções multilaterais, onde era necessário que cada Estado que assinasse o tratado e, ainda, teria que incorporá-lo formalmente no seu ordenamento jurídico interno, houve empecilhos ao seu desenvolvimento por questões internas de cada Estado. Dessa forma, atualmente, o Instituto desenvolve alternativas diferentes para a uniformização jurídica, como a criação de leis-modelos, para orientar os Estados a criar regras internas a respeito do tema.^[14]

Entretanto, no pós Guerra, houve tentativas de rediscutir o tema, ocorre que a maioria dos países da comunidade internacional não recebeu muito bem as convenções internacionais, já que havia uma predominância da influência europeia, com suas tradições jurídicas e quanto ao seu momento econômico.

1.4.1.2 UNCITRAL

No ano de 1968, surgiu a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, ou UNCITRAL, que é um órgão subsidiário da Assembleia Geral, que tem como objetivo o desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional, utilizando textos legislativos, para que

os Estados criem suas legislações com base neles, com objetivo de modernizar suas legislações internas no tocante ao comércio internacional, abordando a venda internacional de bens, disputas de comércio internacional, entre outros.

O órgão, também, desenvolve textos não legislativos para as partes de uma relação comercial internacional usem em suas negociações e soluções de controvérsias, como regras de procedimentos arbitrais e conciliatórios, além de guias jurídicos, e etc.[\[15\]](#)

1.4.1.3 Arbitragem

Na definição de Charles Rousseau, extraído do livro de Thaís Cíntia Cárnio, a arbitragem é a instituição pela qual um terceiro resolve a divergência que opõe duas ou mais partes, exercendo uma missão jurisdicional que lhe foi confiada pelas partes. [\[16\]](#)

Nesse contexto temos que entender a arbitragem como uma forma de solucionar um conflito entre duas partes, onde um terceiro alheio a relação recebe poderes para dar uma resposta ao conflito, dessa maneira o foro arbitral vem se tornando uma maneira eficaz e dinâmica para dar fim as controvérsias, em razão principalmente por dar razão ao princípio da autonomia da vontade das partes.

No Brasil a arbitragem foi acolhida pela Lei nº 9.307/96 que dispõe em seu art. 2º que as partes poderão escolher livremente o direito que será aplicado na arbitragem e também que se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A mesma lei deu força a arbitragem atribuindo-lhe os mesmos efeitos aos de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, ou seja, a decisão arbitral passa a ter o mesmo caráter de uma sentença judicial, independentemente de homologação. É o que se extrai do art. 31, *in verbis*:

“Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”[\[17\]](#)

Dessa forma a lei foi muito bem vinda do ponto de vista comercial, pois facilitou a solução dos conflitos e permitiu os litigantes a escolha do direito a ser aplicado naquela relação.

1.5 Autonomia da Vontade

Observa-se que no Direito Internacional, tradicionalmente, a autonomia da vontade é o princípio que deve reger as obrigações, determinando que o ajuste entre as partes para a escolha da lei reguladora dos contratos, pois facilitaria em demasiado o conflito entre normas.

Tal princípio, todavia, encontrou barreiras na própria, hoje denominada, Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, (art. 9º) [18], esse dispositivo regulamenta o tema sobre a égide do princípio da aplicação da lei do local em que se constituiu a obrigação – *lex loci executionis* ou ainda, a submissão à lei do Estado de residência do proponente, no caso das obrigações entre ausentes, em respeito ao princípio da territorialidade.

Assim prescreve o art. 9º da LINDB:

Art. 9o Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1o Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2o A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Entretanto, como dispõe Thaís Cíntia Cárnio[19], que com o advento da Lei nº 9.307/96, foi possível as partes de um contrato internacional determinar como forma de resolução de conflitos a arbitragem, onde a escolha da legislação a ser aplicada é de livre determinação entre as partes, podendo solver os conflitos utilizando os princípios de direito, os

costumes, princípios do comércio internacional ou qualquer outra forma estabelecida entre elas, desde que não vá de encontro com a ordem pública e os bons costumes, em razão do art. 17 da mesma lei, que considera ineficazes todos e quaisquer atos que ofendam a ordem pública interna, a soberania nacional e os bons costumes.

Dessa sorte, mesmo com a barreira legal do disposto no art. 9º da LICC, podemos evadir seu campo de atuação, é possível a formalização do contrato internacional em outro Estado, onde a legislação permita a utilização do princípio da autonomia da vontade e da legislação mais pertinente ao negócio jurídico que esta se aperfeiçoando, dessa forma, em geral prevalece a vontade das partes em contratar.

De grande contribuição também é a definição de Nadia de Araujo, encartada no livro “Contratos Internacionais” de Coordenação de João Grandino Rodas^[20], onde diferencia a autonomia da vontade do Direito Internacional Privado, utilizada nos contratos internacionais, e a autonomia privada, assim denominada pelos doutrinadores do direito civil.

A autora sustenta que a autonomia privada refere-se a faculdade das partes em contratar, em realizar o negócio ou não, de acordo com as suas aceções pessoais e financeiras, por outro lado, a autonomia da vontade no direito internacional é aquela onde os contratantes escolhem o sistema jurídico ao qual ira reger o negócio e que ira solucionar os litígios que por ventura vierem a ocorrer.

Conforme aponto acima, tal autonomia da vontade no direito internacional tem obstáculos no direito brasileiro, mas em outros países, como os da Europa, a autonomia em escolher a lei aplicável ao contrato internacional foi recepcionada nas principais convenções internacionais e nas legislações internas de seus países.

Conclusão

Os contratos internacionais de comércio tem no Brasil uma legislação um pouco mais elaborada em relação aos outros membros do MERCOSUL, entretanto deve-se observar que com relação aos demais a

gente das relações internacionais, o ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, ainda é um pouco conservador. Há necessidade de um maior estudo sobre o tema, pois sua relevância para o desenvolvimento econômico do país é nítida.

Enquanto os países mais desenvolvidos aproximam suas legislações e facilitam o comércio, o Brasil continua a utilizar barreiras para impedir a competitividade com as empresas estrangeiras, o que prejudica o desenvolvimento tecnológico e incentivo ao crescimento do país.

A Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada de Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, é clara ao dispor que é a lei do local onde se constituiu a obrigação que rege o contrato, tal medida serve para a proteção dos interesses nacionais, mas impede a solução de um conflito usando o direito estrangeiro, as vezes mais benéfico ao agente brasileiro.

Nesse sentido, é de suma importância que a administração pública siga de forma correta os princípios da boa-fé dos contratos administrativos, bem como no procedimento adotado nas suas licitações, com o objetivo de consumir um negócio justo e de acordo com os interesses da coletividade, tanto nos contratos internos, como nos contratos no âmbito internacional.

Bibliografia

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1942.

BRASIL, Decreto-Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial União, 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n.8.666, de 21 de junho de 1993, **Institui Normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública**.

BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**.

Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

GDDC, Gabinete de documentação e direito comparado. Cooperação internacional, Unidroit. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html#origem>>. Acesso em: 30 out.2015.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais** / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Marçal Justen Filho. Apud. Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Melo, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Tartuce, Flávio. **Manual de Direito Civil. Vol. único. 4ª ed.** São Paulo: Método, 2014. p. 443);

Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Rosenvald, Nelson e Farias, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil – Volume 1**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

Silva, Michael César; Matos, Vanessa Santiago Fernandes de. **Boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3118, 14 jan. 2012.

United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 29 out.2015.

NOTAS:

[1] LABATUT, Ênio Neves. **Teoria e prática de comércio exterior**. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1990, p. 27. Apud. Souza, Fabiana Ribeiro de. **Contratos Internacionais do Comércio: Harmonização Legislativa no MERCOSUL**. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Universidade Veiga de Almeida. Cabo Frio. 2008. 71p.

[2] *Idem*.

[3] BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**. Art. 104.

[4] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 10. Apud. Cárnio, Tháís Cíntia. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

[5] BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil Brasileiro*. Art. 421.

[6] Basso, Maristela. **Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.17.

[7] (ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de **Curso de Direito Civil – Volume 1**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 707).

[8] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. Vol. único**. 4a ed. São Paulo: Método, 2014. p. 446).[8]

[9] STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do comércio**. 4.ed. São Paulo: Ltr,2003,p.31. Apud. Cárnio, Tháís Cíntia. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

[10] Cárnio, Tháís Cíntia. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155.

[11] BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.17.

[12] Idem.

[13] Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.

[14] GDDC, Gabinete de documentação e direito comparado. Cooperação internacional, Unidroit. Disponível em

<<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html#origem>>. Acesso em: 30 out.2015.

[15] United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 29 out.2015.

[16] Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 137.

[17] BRASIL, Decreto-Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial União, 24 de setembro de 1996.

[18] BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1942.

[19] Cíntia Cárnio, Tháís. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

[20] Rodas, João Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. Rev., atual. E. Amp – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 196-198.

GRUPOS ECONÔMICOS: ESPECIFICIDADES NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

CIBELE REZENDE MOREIRA: Advogada OAB/SE nº 7897; Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT; Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Guanambi.

RESUMO: O grupo econômico será identificado pela reunião de empresas com o objetivo de exploração da atividade comercial. Diante da existência de diversas pessoas jurídicas, surgem divergências acerca da caracterização destas como empregadoras. Muitos aspectos merecem ser destacados quando da existência de um conglomerado de empresas em uma relação de emprego. Algumas especificidades geram divergências doutrinárias e jurisprudenciais importantes de serem estudadas. Quanto à formação, os grupos podem ser estruturados sob a forma de subordinação ou coordenação, a depender da existência ou inexistência de controle entre as empresas componentes. Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, o conglomerado é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas. Esta solidariedade pode ser configurada em duas modalidades: ativa e passiva. Neste ponto, há grande discordância acerca da caracterização do grupamento como empregador único. Em relação ao aspecto processual, a fase executória é importante de ser estudada. Isso porque após o cancelamento da Súmula 205 do Tribunal Superior do Trabalho, há quem sustente que não será necessário que uma empresa conste no título judicial para que contra ela seja proposta a execução. Por fim, resta a questão da equiparação salarial, muito discutida atualmente pela doutrina e jurisprudência, analisando-se principalmente a questão do empregador único.

Palavras-chave: Grupo econômico. Especificidades. Relação de emprego.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO 2. CONCEITOS SOB A ÓTICA TRABALHISTA 2.1. O art. 2º, §2º, CLT 2.2. Definições doutrinárias 3. ESTRUTURA: GRUPO ECONÔMICO POR COORDENAÇÃO E POR SUBORDINAÇÃO 4. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA 4.1. Solidariedade passiva 4.2. Solidariedade ativa 5. A EQUIPARAÇÃO SALARIAL NOS GRUPOS ECONÔMICOS 5.1. Generalidades 5.2. O requisito empregador único 5.3. Análise jurisprudencial 6. ASPECTO PROCESSUAL: FASE DE EXECUÇÃO 6.1. O cancelamento da Súmula 205, TST CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Os conglomerados empresariais representam a união de pessoas jurídicas diversas, embora com o mesmo interesse de exploração da atividade econômica.

A relevância do tema encontra-se no fato de que o conceito de empregador encontra diversas consequências trabalhistas quando da configuração de um grupo econômico.

A regra geral é que na relação de trabalho haja um empregado e um empregador. No entanto, quando da formação de um conglomerado de empresas, haverá maior complexidade sob a ótica trabalhista.

Então parte-se da problemática de que a responsabilidade oriunda de um pacto laboral com diversas empresas no pólo passivo da relação é diferente daquela regida por apenas uma parte em cada um dos pólos. Essas especificidades é que serão objeto do presente estudo.

Ante a notável hipossuficiência do trabalhador e a supremacia econômica por parte do seu empregador, a reunião de empresas é questão a ser discutida sob o enfoque do Direito do Trabalho, para que haja segurança jurídica na proteção dos direitos trabalhistas.

Note-se que o estudo desses grupamentos é de suma importância para a aplicação das normas consolidadas, bem como para se auferir as consequências geradas em um contrato de trabalho que verse sobre relações dessa natureza.

O método utilizado nesta pesquisa será o Dialético, uma vez que este procura contestar fatos da realidade. Tal método busca, principalmente, ser crítico, discutir e debater sobre o tema escolhido. A técnica de pesquisa será a bibliográfica, através da consulta de livros, legislações e outros.

O objetivo do presente estudo é analisar as especificidades surgidas em uma relação de emprego em que a empresa empregadora seja participante de um grupo econômico.

O estudo foi dividido em capítulos estando o primeiro centrado nas especificidades relacionadas ao grupo econômico quanto aos conceitos relacionados a ceara trabalhista. Serão apresentadas definições de empregador e de grupo econômico, abrangendo-se os vieses da legislação e da doutrina pátrias.

O segundo capítulo abordou a estrutura do grupo econômico, de maneira que este pode ser constituído por coordenação ou por subordinação. Aqui, cabe destaque a informalidade do Direito do Trabalho quanto à configuração do conglomerado, diferentemente do Direito Civil.

No terceiro, coube examinar a responsabilidade solidária dos grupos econômicos, e a aplicação de cada uma das formas estabelecidas, ou seja, da solidariedade passiva e ativa, importante para a identificação do grupo como empregador único.

O quarto capítulo objetivou discutir a equiparação salarial nos grupos econômicos, com a análise do requisito empregador único. As generalidades serão apontadas, entretanto, para dirimir as controvérsias existentes, bem como para melhor entendimento do tema, a medida que se impõe é a exposição de entendimentos jurisprudenciais.

Por conseguinte, no último capítulo, foi abordada questão bastante discutida atualmente acerca da fase executória, principalmente diante do cancelamento da Súmula 205 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, através do que foi exposto cima, chegou-se a uma conclusão para melhor entendimento acerca do tema, refletindo-se sobre a contribuição deste estudo.

2. CONCEITOS SOB A ÓTICA TRABALHISTA

Visando um melhor desenvolvimento e exploração da economia, algumas empresas, ao invés de exercerem atividades isoladamente, se reúnem com o fito de fortalecer seu desempenho e conseqüentemente aumentar a lucratividade.

Assim surgem os grupos econômicos, isto é, formam-se a partir da aglomeração de empresas que cooperam economicamente entre si, para obtenção de maior proveito econômico.

A reunião de empresas em prol de um mesmo objetivo avigora a atividade econômica por elas exercida. A formação destes conglomerados visa a facilitar que as sociedades alcancem suas perspectivas e que haja o fortalecimento do papel de cada uma dentro do mercado financeiro.

Nesse diapasão, o Direito do Trabalho ocupa-se em conceituar os grupos econômicos para que haja maior adequação no que tange às relações de emprego. A formação do conglomerado pode vir a alterar a estrutura regular do contrato de trabalho, com a caracterização diferenciada de empregador.

Conseqüentemente, ao haver a reunião de empresas, surgem diversas implicações sob a ótica trabalhista, especialmente quanto ao conceito de empregador.

2.1. O art. 2º, §2º, CLT

Os conglomerados empresariais são definidos como empregadores por força do art. 2º, §2º, CLT, que ordena, *in verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria,

estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O *caput* do artigo subscrito explicita os critérios definidores para que a empresa seja considerada empregadora. São possíveis as modalidades individual ou coletiva de atividade empresária, desde que se admita, assalarie e dirija a prestação do serviço. Ademais, exige-se a alteridade, ou seja, que o risco da atividade econômica seja avocado pela empresa.

Quanto ao grupo econômico, a legislação expressamente dispõe, em seu §2º, acerca da responsabilidade solidária das empresas integrantes do conglomerado para os efeitos da relação de emprego.

Impende destacar que a CLT traz uma definição ampla, abrangendo as empresas que estiverem sob direção, controle ou administração de outra. Ademais, o grupo pode ter caráter industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

A definição do instituto não está presente apenas na norma consolidada. O art. 3º, §2º da Lei 5.889/1973 (Lei do Trabalho Rural) também conceitua o grupo econômico, trazendo a ideia de responsabilidade solidária entre as empresas componentes, *in verbis*:

Art. 3º [...]

§2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Assim, resta evidenciada a preocupação da legislação pátria em definir o grupo econômico como um ente solidariamente responsável em relação às obrigações decorrentes da relação de emprego. A previsão legal não permite qualquer interpretação prejudicial ao empregado.

Ademais, da leitura dos dispositivos supramencionados, observa-se que o direito trabalhista não estabelece se apresenta severa quanto à exigência de formalidades para a caracterização de um conglomerado comercial. Depreende-se que a simples união de empresas com personalidades jurídicas próprias acarretará a consequente responsabilidade solidária.

2.2. Definições doutrinárias

Os grupos econômicos surgiram diante da necessidade de formação de conglomerados empresariais, que se unem em prol de um interesse em comum na exploração da atividade econômica.

Para José Cairo Júnior, as empresas têm a necessidade de associar-se para que possam atingir suas finalidades mais facilmente. (2013. p. 372)

Em relação ao Direito do Trabalho, a relevância deste tema não reside nos aspectos econômicos da reunião de empresas, mas sim no fato de ser imperioso definir as obrigações destes grupos enquanto empregadores.

As garantias do empregado são premissas trabalhistas basilares, que não podem ser deixadas de lado diante da existência de mais de uma pessoa jurídica integrante na relação de emprego. Para tanto, a solidariedade se apresenta como aspecto fundamental a fim de evitar o inadimplemento das verbas decorrentes do pacto laboral.

Ratifica o professor Mauricio Godinho Delgado:

O objetivo essencial do Direito do Trabalho ao construir a figura tipificada do grupo econômico foi certamente ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista, impondo responsabilidade plena por

tais créditos às empresas componentes do mesmo grupo econômico. (2015, p. 438).

Os Direitos Civil, Comercial e Econômico são os ramos próprios para estudo dos conglomerados industriais. Entretanto, malgrado sejam considerados os aspectos derivados de outros ramos do direito, não se pode olvidar que haja diferença em relação ao Direito do Trabalho, vez que o enfoque substancial é a defesa dos direitos do empregado.

Na doutrina civilista são adotados diversos critérios – marcados por muitas formalidades – os quais exigem requisitos mais rígidos, se comparados com os adotados sob a ótica trabalhista.

À vista disso, para a proteção dos regramentos trabalhistas é necessário que o enfoque seja diferente do atribuído pelos ramos civilistas, isto é, não se valorizará apenas o aspecto formal e a finalidade econômica dos conglomerados industriais.

Esse é o entendimento estampado pelo doutrinador Maurício Godinho Delgado:

Noutras palavras, o grupo econômico para fins justralhistas não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas ao Direito Econômico ou Direito Comercial/Empresarial (*holdings, consórcios, pools, etc.*). Não se exige, sequer, prova de sua formal institucionalização cartorial: pode-se acolher a existência do grupo desde que emergjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial de que falam os mencionados preceitos da CLT e Lei do Trabalho Rural. (2015, p. 439)

Isto posto, a abrangência do viés trabalhista é patente. Não é necessário que a constituição do aglomerado seja oficializada. Basta que, na prática, seja evidenciada a exploração da atividade comum e o interesse comercial existente entre pessoas jurídicas.

O destaque é a proteção dos direitos relativos aos obreiros que exercem suas atividades para uma ou mais de uma empresa integrante de um mesmo grupo econômico, observando-se a organização e responsabilidade deste enquanto empregador.

Segundo Valentin Carrion, a CLT elege dois requisitos para a configuração das empresas componentes dos grupos, quais sejam: a) personalidade jurídica própria, sob direção, controle ou administração de outra; b) exercício de atividade econômica. (2012, p. 40)

Nesse diapasão, tem-se que as pessoas jurídicas participantes são independentes entre si, podendo existir a figura de uma empresa administradora das demais. Contudo, a semelhança entre elas surge quando se verifica que todas se destinam à exploração de atividade econômica.

Embora aparentemente sejam tratadas como distintas – cada uma com sua personalidade jurídica própria – as pessoas jurídicas integrantes têm interesses em comum ante a finalidade destacadamente lucrativa. Isso porque estão interligadas pela semelhança entre os seus objetivos dentro do mercado financeiro.

Da mesma forma, merecem destaque os ensinamentos:

Cada uma das sociedades filiadas ao grupo tem sua personalidade própria, isto é, goza em suas relações com terceiros da situação de uma sociedade ordinária. Mas o espírito socioeconômico que anima a filial e matriz é o mesmo: ambas possuem um fim e um interesse idênticos, embora só na aparência os interesses sejam divergentes. (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 115)

Por isso, considera-se que a formação do grupo econômico vai além da concepção formal, ou seja, o fato preponderante para sua caracterização é a existência de finalidades comuns entre as integrantes.

Ainda que por uma análise superficial haja a impressão de que entre duas ou mais empresas não existe qualquer semelhança, ao se verificar os interesses de

forma aprofundada, caso se perceba identidade de objetivos na exploração da atividade comum, restará caracterizado o agrupamento financeiro.

Embora pertençam a diferentes ramos da economia ou exerçam atividades diversas, a semelhança entre as participantes emerge de tal forma que precisam reunir-se para melhor alcançar os objetivos que possuem em comum.

3. ESTRUTURA: GRUPO ECONÔMICO POR COORDENAÇÃO E POR SUBORDINAÇÃO

Cabe destaque, quanto a este tema, a distinção na estrutura e formação dos conglomerados industriais, comerciais ou econômicos. Nesse sentido, importante é a diferenciação entre grupo econômico por coordenação e por subordinação.

Em se tratando de grupo por subordinação uma das empresas exercerá o controle, administração ou direção sobre as demais, usualmente denominada *holding*, de maneira que haja uma organização vertical entre as pessoas jurídicas participantes.

De acordo com o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2015, p. 219): “A existência do grupo de empresas é visualizada de forma melhor quando existem uma empresa-mãe e empresas-filhas, caracterizando o controle de uma sobre a outra, como ocorre com a *holding*.”

Uma das sociedades será a controladora e as demais, embora independentes, estarão ligadas àquela, que exercerá o comando administrativo sobre as controladas, ante a sua característica de liderança. Embora cada uma tenha personalidade jurídica própria, haverá entre elas relação de subordinação.

Para maior compreensão do assunto, considera-se a exemplificação da estrutura de uma pirâmide, em que a controladora representará o ápice da organização e as demais estarão estruturadas abaixo, conforme ilustra Maria Alice Monteiro de Barros, citando Mozart Victor Russomano. (2013, p. 305)

Para haver a identificação da participante que detém a liderança do grupo, em regra, verificar-se-á o poderio econômico e acionário dentre as empresas integrantes. Contudo, não se trata de requisito absoluto, de maneira que a predominância de outros elementos de controle também pode ser utilizada para esta diferenciação.

Acrescente-se, ainda o pensamento do professor Sergio Pinto Martins (2015, p. 219): “No grupo de empresas não há necessidade de hierarquia entre elas para ser observada a previsão do §2º do art. 2º da CLT”.

Assim, nesta modalidade de estruturação, resta nítida a presença de uma empresa-mãe, a qual irá comandar as demais pessoas jurídicas, de maneira que tanto a controladora quanto as dependentes irão ser consideradas membros do mesmo conglomerado financeiro.

Noutro sentido, a formação do grupo por coordenação pressupõe a interdependência entre as sociedades participantes. Assim, elas são ligadas horizontalmente, sem que haja a identificação de uma empresa gestora das demais.

Logo, a reunião de empresas juridicamente distintas, embora interligadas administrativamente, também poderá caracterizar a formação de um conglomerado comercial. Conforme explicação da doutrina:

A segunda vertente considera, porém, que a verificação da simples relação de *coordenação interempresarial* atende ao sentido essencial vislumbrado pela ordem justralhista. A própria informalidade conferida pelo Direito do Trabalho à noção de grupo econômico seria incompatível com a ideia de se acatar a presença do grupo somente à luz de uma relação hierárquica e assimétrica entre os seus componentes. A par disso, se a intenção principal do ramo justralhista foi ampliar a garantia incidente sobre os créditos obreiros, não há porque restringir-se a figura do grupo econômico em função de um aspecto que é, em substância,

irrelevante do ponto de vista dos contratos empregatícios firmados. (DELGADO, 2015, p. 441-442)

Nesse diapasão, para a formação de um grupo por meio de coordenação, basta que haja a identificação de interesses econômicos compatíveis entre as empresas integrantes. Não são exigidas formalidades rígidas, tampouco a necessidade de verticalização de pessoas jurídicas, sendo suficiente a reunião destas, ainda que de forma horizontalizada.

A informalidade, ponto de grande destaque no Direito do Trabalho, é visível quanto a este aspecto. O fato de haver a reunião de empresas não pode servir como forma de exclusão de responsabilidade por parte do empregador.

Não será necessário distinguir uma empresa-destaque, que detenha o comando sobre as demais. A formação do grupo econômico com a estrutura identificada por meio da coordenação não pode servir de óbice às garantias do empregado.

Contudo, a aceitação do grupo constituído sob os moldes da coordenação é questão amplamente discutida, havendo divergência doutrinária em se considerar esta forma de organização para os fins trabalhistas.

A controvérsia origina-se da leitura do art. 3º, §2º da Lei 5.889/1973 – que estatui normas reguladoras do trabalho rural – em que se admite a existência de grupo econômico por coordenação, *in verbis*:

Art. 3º [...]

§2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Segundo este entendimento legislativo, a inexistência de empresa que exerça administração, controle ou direção sob as demais não tem o condão de

descaracterizar a reunião dessas pessoas jurídicas como um grupo econômico para fins de responsabilização derivada da relação de emprego.

Por analogia, a doutrina trabalhista majoritária tem aceitado o mesmo entendimento, posto que a interligação entre as empresas, ainda que administrativamente, é suficiente para a instituição do conglomerado.

Embora sejam pessoas jurídicas autônomas, na coordenação não é necessário haver relação de subordinação entre as sociedades participantes. Em um mesmo sentido o julgado do TRT da 2ª Região:

GRUPO ECONÔMICO POR COORDENAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. Segundo interpretação progressiva do art. 2º, parágrafo 2º, da CLT, o grupo econômico se caracteriza não só pela relação de subordinação, que leva em conta a direção, o controle ou administração entre as empresas, mas também pela relação de coordenação em que as empresa atuam, horizontalmente, participando de empreendimentos de interesses comuns. A existência de sócios comuns e a atuação conjunta das empresas no mercado econômico caracterizam grupo econômico por coordenação, o que atrai a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas. (TRT-2 - AP: 01399008120065020074 SP 01399008120065020074 A20, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 10/02/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015)

Tal entendimento representa mecanismo de proteção ao obreiro, princípio basilar e inerente ao Direito do Trabalho, que não pode ser desconsiderado em detrimento de características meramente formais quanto à estrutura dos conglomerados financeiros.

Dessa maneira, não se pode olvidar que o empregador utilize de qualquer aspecto relacionado à formação do grupo para desincumbir-se das obrigações derivadas do pacto laboral. Tal entendimento faz com que os critérios de definição do grupo econômico sejam cada vez menos rigorosos, na visão da doutrina trabalhista.

A informalidade é tão destacada que, aos poucos, a reunião de pessoas físicas, inclusive, tem sido acatada pela doutrina como hipótese em que se poderá configurar a existência do conglomerado econômico, desde que a finalidade principal seja a da exploração da atividade econômica.

Para Mauricio Godinho Delgado, basta que os entes ajam como empresários, agentes econômicos típicos para que sejam membros aptos a integrar o grupo econômico para os fins trabalhistas. O doutrinador afirma que a lei exige apenas que o sujeito se consubstancie como um ser com caráter e fins econômicos. (2015, p. 440)

Destarte, a controvérsia permanece sem que haja total consonância quanto ao estudo do tema ora analisado, posto que uma parcela de doutrinadores não admite que as entidades elencadas no §1º do art. 2º da CLT^[1] sejam integrantes de grupos econômicos.

4. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Mais uma grande divergência doutrinária diz respeito à modalidade de solidariedade aplicável às pessoas jurídicas membros de um conglomerado econômico. A solidariedade entre as empresas poderá se apresentar de duas formas: ativa e passiva.

Acerca deste aspecto, a professora Vólia Bomfim Cassar traz a diferença entre os institutos, abordando uma ótica civilista, comungada com a relação de emprego:

A solidariedade ativa está prevista no art.267 do CC e se dá entre credores solidários, isto é, quando muitos trabalhadores tiverem uma mesma dívida em comum em face de um empregador. A solidariedade passiva está regulada no art. 275 do CC para devedores solidários, isto é, quando um grupo de empresas for solidário em relação às obrigações trabalhistas assumidas por uma das empresas deste. (2011, p. 473).

Para o Direito Civil, a solidariedade ativa é aquela em que se verificam as obrigações de credores e a passiva, de devedores. Por outro lado, no contrato de trabalho há outras diferenças, cabendo observar os efeitos decorrentes de cada uma destas espécies.

Nesse contexto, insta verificar se as sociedades são responsáveis como credoras e/ou devedoras dentro da relação de emprego. A depender da aplicação da solidariedade ativa ou passiva, como consequência, chegar-se-á a conclusão se o grupo econômico é considerado empregador único para os fins trabalhistas. Este é o ponto controvertido entre os doutrinadores.

Com o fim de se buscar uma solução a tal discussão doutrinária, importante destacar os seguintes ensinamentos:

É mister examinar se o grupo de empresas é empregador único. A teoria da solidariedade passiva entende que não, pois existe apenas responsabilidade comum entre as empresas. A teoria da solidariedade ativa entende que o empregador é um só (o grupo), sendo que o empregado que trabalha para uma empresa presta serviços para o grupo todo. O grupo é credor do trabalho do empregado. (MARTINS, 2015, p. 219)

Em outro viés, mas com explicação semelhante:

Duas teorias são encontradas. A primeira, conhecida como teoria da solidariedade passiva, responde que não. Considera que o grupo de empresas não constitui empregador único de todos os trabalhadores das empresas que integram o grupo. Há mera responsabilidade comum entre as empresas e nada mais. A segunda, conhecida como teoria da solidariedade ativa, defende a tese de que o grupo de empresas é um só empregador. Desse modo, aqueles que trabalham para uma empresa do grupo, na verdade, são empregados do grupo todo. (NASCIMENTO, 2013, p. 233)

Para a doutrina trabalhista, a teoria da solidariedade ativa pressupõe que o grupo econômico como um todo é considerado responsável, haja vista que todas as sociedades integrantes do conglomerado são consideradas como um mesmo empregador para qualquer finalidade.

Já a teoria da solidariedade passiva implica na interdependência de cada uma das empresas. Nesse diapasão, uma das pessoas jurídicas é a empregadora de fato e as demais integrantes do grupo econômico são responsáveis apenas em relação aos débitos decorrentes da relação de trabalho.

4.1. Solidariedade passiva

Quanto à solidariedade passiva, a doutrina aceita amplamente que todos os integrantes do grupo econômico são responsáveis pelo adimplemento dos débitos oriundos do pacto laboral.

Conforme explica Mauricio Godinho Delgado:

Os juristas têm se dividido no tocante à extensão da solidariedade imposta pela ordem justralhista. Uma forte corrente compreende que a solidariedade derivada do grupo econômico seria exclusivamente passiva – abrangendo, pois, apenas os débitos trabalhistas dos entes integrantes do grupo. (2015, p. 443)

Para aqueles que consideram a solidariedade passiva apenas, a fundamentação básica está presente nas noções extraídas dos termos utilizados pelo legislador quando da elaboração do art. 2º, §2º, CLT.

Pressupõe-se que onde se lê que as empresas são “solidariamente responsáveis” estaria embutida a ideia de que somente é possível a solidariedade para os fins de satisfação das obrigações, ou seja, passiva. Para os defensores desta corrente, o referido artigo não afirma que todas as pessoas jurídicas membro são consideradas empregadoras.

Segundo dispõe a doutrina:

O efeito jurídico clássico e incontroverso da figura *justralhista* do grupo econômico é a imposição de solidariedade *passiva* entre as entidades componentes do grupo perante os créditos trabalhistas derivados de contrato de trabalho subscrito por uma ou algumas dessas entidades. Solidariedade passiva, isto é, por obrigações trabalhistas, portanto. (DELGADO, 2015, p. 443)

Assim, tendo em vista que a solidariedade não se presume nos termos do art. 265, do atual Código Civil^[2], a sua modalidade ativa, ou seja, quanto à prestação dos serviços, apenas seria admitida, caso pactuado entre as partes.

À vista disso, para José Cairo Júnior adverte: “A solidariedade passiva, em relação à obrigação de pagar as verbas trabalhistas, está prevista na CLT, o que não ocorre com a obrigação de prestar serviços.” (2013, p. 374).

Antes da vigência da Consolidação das Leis do Trabalho o único dispositivo legal que fazia menção à solidariedade ativa era o art. 1º e seu parágrafo único, da Lei 435/37, *in verbis*:

Art. 1º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial ou comercial, para efeitos legislação trabalhista serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Parágrafo único. Essa solidariedade não se dará entre as empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas elas como um mesmo empregador.

Contudo, com a revogação da Lei 435/37 e advento do art. 2º, §2º, CLT que, embora seja este a reprodução do *caput* do artigo supracitado, não traz em

sua redação o parágrafo único – que previa a figura do conglomerado comercial como empregador único.

Portanto, diante da ausência de previsão expressa, o posicionamento desta corrente baseia-se no fato de que a solidariedade ativa não é possível, visto que não se aceita a presunção, nem tampouco é permitida pela interpretação literal do diploma consolidado.

Ademais, considera-se que a supressão do que dispunha art. 1º e seu parágrafo único, da Lei 435/37 não fora efetuada por acaso. Se o legislador desejasse prever a solidariedade ativa, haveria de ter feito de forma expressa na CLT.

4.2. Solidariedade ativa

Ao se auferir os efeitos das modalidades de responsabilidade solidária, os estudiosos divergem quanto a verificar se as normas consolidadas estabelecem implicitamente a forma de solidariedade ativa.

De qualquer maneira, não há consenso entre os doutrinadores, uma vez que em contrapartida à corrente apresentada, alguns se filiam ao entendimento que considera existir em verdade uma solidariedade dual, ou seja, ativa e passiva, a depender do contexto fático, conforme entendimento:

Para essa segunda vertente, a solidariedade das empresas componentes do grupo não existe apenas perante as obrigações trabalhistas que lhes decorrem dos contratos empregatícios (solidariedade passiva), mas também perante os direitos e prerrogativas laborativas que lhes favorecem em função desses mesmos contratos (solidariedade ativa). Todos os membros do grupo seriam, pois, ao mesmo tempo, empregadores e não somente garantidores de créditos derivados de um contrato de emprego. Noutras palavras, configurado o grupo econômico, seus componentes consubstanciarão empregador único em face dos contratos de trabalho

subscritos pelas empresas integrantes do mesmo grupo.
(DELGADO, 2015, p. 413)

Para esta corrente, não haveria apenas a responsabilidade solidária sobre os débitos oriundos da relação de emprego (passiva), mas de maneira mais abrangente, a solidariedade abarcaria também o exercício das atividades laborais por parte do empregado (ativa). Assim, restaria configurada uma solidariedade dual entre as empresas integrantes do grupo econômico.

Nesse sentido, considera-se que qualquer entidade participante do grupo econômico poderá exigir a prestação de serviços do obreiro, portanto, o conglomerado será tratado como verdadeiro empregador único.

O embasamento principal deste pensamento está na Súmula 129, TST a qual dispõe: “A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário”.

Desta feita, com a elaboração da referida súmula, alguns estudiosos acreditam que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de considerar a responsabilidade solidária ativa, além da passiva prevista na CLT.

Os doutrinadores declaram haver a garantia de que qualquer das empresas integrantes do grupo poderá ser considerada empregadora e por consequência se autoriza que o empregado exerça sua atividade laboral em prol do grupo como um todo e não apenas direcionado a uma delas isoladamente.

Assim, tendo em vista que o conglomerado econômico representa um empregador único, o trabalhador pode prestar serviços em qualquer das empresas integrantes ou mesmo a mais de uma delas ao mesmo tempo.

Quanto ao aspecto da solidariedade, identifica-se, portanto, que a solidariedade passiva é amplamente admitida pelos operadores do direito. Entretanto, o mesmo não ocorre com a solidariedade ativa, aceita apenas por parcela da doutrina, em decorrência da elaboração da Súmula 129, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O maior desdobramento decorrente da análise da questão da solidariedade é a identificação do agrupamento de empresas como um empregador único. Apenas caso se admita a solidariedade ativa – isto é, dual, já que a passiva é pacificamente aceita – é que as entidades serão vistas como se fossem um mesmo empregador para os fins da relação de emprego.

Resta caracterizada, portanto, a divergência doutrinária acerca dos aspectos acima esposados, de maneira que a responsabilidade solidária é tema atualmente bastante discutido entre os estudiosos da legislação trabalhista.

5. A EQUIPARAÇÃO SALARIAL NOS GRUPOS ECONÔMICOS

A equiparação salarial nos grupos econômicos no Brasil é questão amplamente discutida na doutrina e jurisprudência trabalhistas nos dias atuais. Isso porque a reunião de empresas deve preencher o requisito da identidade de empregadores para que haja a isonomia salarial.

Neste ponto, os estudiosos divergem quanto à previsibilidade de se utilizar o instituto da equiparação salarial entre trabalhadores de empresas diferentes, embora integrantes de um mesmo grupo econômico.

5.1. Generalidades

As obrigações do empregador dentro da relação de trabalho são facilmente identificadas quando se está diante de apenas uma empresa. Contudo, ante a existência de grupos econômicos, em que pessoas jurídicas distintas se reúnem para a exploração da atividade econômica, a figura do empregador muitas vezes se confunde com o conglomerado como um todo.

Na prática, quando existem empresas diversas, há notória dificuldade em se identificar o empregador e as consequentes obrigações derivadas do pacto laboral.

A relação de trabalho é um contrato em que as partes possuem obrigações recíprocas. Nesse diapasão, os direitos do obreiro não devem ser relativizados

diante das complexidades que surgem quando há a formação de um grupo econômico.

O princípio da proteção é premissa que deve basear todo o estudo do Direito do Trabalho. Por consequência, o empregado é a parte hipossuficiente e a aplicação das normas consolidadas diante do caso concreto deve, em regra, favorecer o direito do obreiro. É o que se denomina de *indubio pro operário ou indubio pro misero*.

Na busca pela isonomia entre os empregados, o instituto da equiparação salarial surge como instrumento garantidor dos direitos do trabalhador, desde que preenchidos os requisitos legalmente previstos.

Entrementes, a controvérsia doutrinária tem origem quando da caracterização do conglomerado como empregador único, destacadamente quando da verificação das formas de solidariedade, a ativa, com a prestação dos serviços, e a passiva, em relação ao pagamento das verbas trabalhistas.

5.2. O requisito empregador único

Para que haja equiparação salarial, é necessário que se preencham os requisitos caracterizadores deste instituto, quais sejam: identidade de funções, trabalho de igual valor, mesmo empregador, mesma localidade, tempo de serviço, inexistência de plano de cargos e salários e simultaneidade. É o que dispõe o art. 461, CLT.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

A discussão objeto do presente estudo cinge-se à análise do requisito que exige a identidade de empregadores, ou seja, há a determinação legal de que paradigma e paragonado prestem serviços ao mesmo empregador para que se possa conceber o direito a iguais salários.

Destaca o doutrinador José Cairo Júnior:

O art.2º,§2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, institui a solidariedade entre as empresas que façam parte de um mesmo grupo econômico. Todavia, o mencionado Diploma Legal é omissivo quanto à possibilidade de se reconhecer a isonomia salarial entre essas empresas, de certa forma coligadas (2013, p. 497).

Acerca do tema, a doutrina não é unânime de forma que há posições contrárias entre os doutrinadores trabalhistas. Há doutrinadores que entendem pela possibilidade de se aceitar a equiparação salarial nos grupos econômicos.

Para estes, a solidariedade ativa está consubstanciada na Súmula 129, TST, que é clara ao afirmar que caso o trabalho seja realizado a mais de uma empresa do grupo, durante a mesma jornada, não se vislumbra a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Haverá uma solidariedade dual, uma vez que em geral não se nega a existência da solidariedade passiva, apenas se admite a ativa concomitantemente àquela.

Da mesma maneira, concorda o jurista Mauricio Godinho Delgado:

Desde que se acolha a tese da solidariedade ativa (além da incontroversa solidariedade passiva), alguns importantes efeitos justralhistas podem se verificar quanto a determinado empregado vinculado ao grupo econômico. Citem-se, ilustrativamente, alguns desses potenciais efeitos: [...] b) possibilidade de veiculação da temática de equiparação salarial em face de empregados de outras empresas do grupo (que formariam o *empregador único*) – caso configurados, evidentemente, os demais pressupostos do art. 461, CLT; c) pagamento de um único salário ao empregado por jornada normal concretizada, ainda que o obreiro esteja prestando serviços concomitantemente a distintas empresas do grupo (Súmula 129, TST); [...]. (2015, p. 445)

Tendo em vista a solidariedade passiva – ponto incontroverso entre os estudiosos – esta vertente encontra-se pautada na existência de uma solidariedade dual, ou seja, também ativa. Nesse diapasão, qualquer uma das empresas participantes poderá exigir a prestação dos serviços do obreiro.

Por consequência, o grupo econômico será tido como empregador único, ante a sua posição de credor, de forma que detém o poder de dirigir o trabalho dos seus empregados, bem como é devedor das obrigações derivadas do pacto laboral, no que concerne ao pagamento das verbas trabalhistas.

Apresenta-se como majoritário este entendimento, de forma que parcela significativa da doutrina aceita o pleito de isonomia salarial ainda que paradigma e paragonado laborem para sociedades coligadas, embora distintas, desde que presentes os demais requisitos para a equiparação.

Para aqueles que consideram inviável a equiparação salarial entre empregados de empresas participantes de um mesmo grupo econômico, alguns aspectos merecem destaque.

Tendo em vista a divergência acerca da solidariedade ativa e passiva, entende-se para esta vertente que a aplicabilidade da responsabilidade solidária, via de regra, deve ser passiva.

Contudo, caso haja a prestação de serviços para mais de uma empresa integrante do grupo econômico, ou ainda, quando o trabalho realizado aproveite o conglomerado diretamente, caberá a aplicação da solidariedade ativa.

Pode ser que na prática as partes tenham pactuado por meio do contrato de trabalho a possibilidade de exercício da atividade laborativa em favor de quaisquer das empresas participantes. Ou ainda, é possível que da verificação do caso concreto – pautada no Princípio da primazia da realidade – seja constatado que embora apenas uma empresa figure formalmente como empregadora, há prestação dos serviços a mais de uma sociedade integrante do conglomerado.

Preceitua o magistrado Adalberto Martins: “[...] se a responsabilidade solidária é quanto às obrigações, parece-nos óbvio que seja apenas a solidariedade passiva, salvo ajuste em contrário que pudesse abrigar também a solidariedade ativa [...]”. (2009, p. 140).

Para os que corroboram com este sentido, a regra é que a solidariedade passiva é a que se apresenta cabível nas relações de trabalho em que haja a formação de grupo econômico. Excepcionalmente, apenas quando verificada a solidariedade ativa no caso concreto, o grupo será considerado empregador único.

Aqui, cabe destaque a distinção apresentada pelo doutrinador e Procurador do Trabalho:

Caso seja adotada a teoria do grupo de empresas como empregador único, como ocorre na situação retratada na Súmula 129 do TST, o requisito em questão estará presente. Se prevalecer a teoria de que o grupo

econômico apenas acarreta a responsabilidade solidária, ou seja, a solidariedade passiva, sendo o empregador cada empresa distinta, não haverá identidade de empregador entre empregados de empresas diversas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico. (GARCIA, 2011, p. 259).

Vólia Bomfim Cassar admite que o entendimento atual é o que considera não ser possível a equiparação salarial e que o posicionamento contrário fora portanto modificado. Para esta doutrinadora, a equiparação somente será admitida se o grupo for “promíscuo”, isto é, se as empresas se confundirem numa só. Já quando o grupo não for “promíscuo”, não caberá a equiparação. (2011, p. 984 - 985).

Nesse diapasão, em que pese a corrente que admite a equiparação considerar que a jurisprudência estabeleceu a solidariedade ativa por meio da Súmula 219, TST, não se pode entender que esta seja a regra. O dispositivo visa à proteção dos trabalhadores, posto que somente se observada a hipótese prevista, haverá solidariedade dual.

Apenas quando se observar, do diagnóstico extraído do caso concreto, que a prestação dos serviços aproveita mais de uma empresa coligada, quaisquer delas podem ser consideradas empregadoras, e, portanto, o grupo econômico será tido como empregador único.

Não se pode relativizar qualquer direito do obreiro em detrimento de aspectos formais relacionados ao contrato de trabalho. Verificar-se-á a prestação dos serviços de acordo com a realidade fática.

5.3. Análise jurisprudencial

A questão ora analisada tem sido alvo de diversas lides levadas à apreciação judicial. Mister se faz a apresentação das decisões prolatadas acerca do tema, para melhor compreensão das correntes divergentes quando da análise do caso concreto.

No âmbito da justiça trabalhista, também não há consonância quanto ao posicionamento aplicável. Por isso, cabe verificar os julgados de diversos Tribunais Regionais e também do Tribunal Superior do Trabalho.

Primeiramente, insta destacar os entendimentos em favor da equiparação salarial nos grupos econômicos.

Para estes, desde que presentes os demais requisitos previstos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em relação aos empregados comparados, a formação do grupo não constitui óbice ao pleito. Isso porque, segundo os julgados que demonstram a adesão a esta vertente, o próprio diploma consolidado traz a previsão da solidariedade ativa, bem como a passiva.

É a interpretação do que se extrai art. 2º, §2º, CLT que traz a ideia de que as empresas integrantes do grupo econômico são solidariamente responsáveis para os fins da relação de emprego e, portanto também para os fins da equiparação salarial, em razão de o conglomerado ser considerado empregador único.

Tal entendimento está consubstanciado no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

1.GRUPO ECONÔMICO. BANCO PANAMERICANO S/A. LIDEPRIME PRESTADORA DE SERVIÇO LTDA. LIDERPRIME ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA. CLT, ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 2º. SOLIDARIEDADE PASSIVA E ATIVA. Considerando a formação de grupo econômico a sinalizar para a existência de um único empregador, o trabalho prestado pelo empregado em prol de uma das empresas integrantes do grupo pode ser “cobrado”, solidariamente, de qualquer outra empresa também dele integrante. Isso porque a dicção do artigo 2º, § 2º, da CLT merece interpretação ampla, no sentido de que as empresas integrantes do grupo econômico são solidariamente responsáveis, no tocante às relações de trabalho, tanto passiva e quanto ativamente. Neste último sentido, significa dizer que há um aproveitamento

conjunto do labor prestado por todos os empregados contratados pelas empresas integrantes da unidade industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. 2.EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS ESSENCIAIS PRESENTES. [...] (TRT-10 , Relator: Desembargador Ribamar Lima Junior , Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Turma)

No mesmo entendimento encontra-se a decisão do TRT da 4ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Demonstrada a formação de grupo econômico, não há razão para eventual disparidade salarial entre os empregados desse grupo. Comprovada a identidade de funções entre o reclamante e os paradigmas apontados e não evidenciado pela ré fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito à equiparação salarial, deve ser mantida a sentença. Recurso da reclamada não provido. [...] (TRT-4 - RO: 1852920105040009 RS 0000185-29.2010.5.04.0009, Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ, Data de Julgamento: 25/10/2011, 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Dessa forma, em que pese a formação do conglomerado, haverá a direito a isonomia salarial. Ademais, é o que se verifica da redação do art. 2º, §2º, CLT, posto que resta presumida a configuração da solidariedade dual e o consequente preenchimento do requisito mesmo empregador.

Nesse contexto, a conclusão é a de que a solidariedade abrange também a prestação dos serviços. Como todas as empresas integrantes do grupo podem exigir o labor igualmente do mesmo empregado, da mesma maneira usufruem do trabalho prestado.

Por conseguinte, a equiparação entre os empregados dessas empresas é possível porque na prática tem-se que o empregador é único, sendo as empresas integrantes solidariamente responsáveis.

Em contrapartida, em uma segunda visão, apresenta-se a ideia de que em regra não há a possibilidade de haver isonomia salarial entre empregados vinculados a empresas diferentes, embora integrantes do mesmo grupo econômico.

Aqui, a justificativa esposada é no sentido de que não há o preenchimento do requisito empregador único, ou seja, considera-se que paradigma e paragonado não laboram para o mesmo empregador.

Para alguns, a própria natureza da formação do grupo econômico e o labor para empresas distintas são fatos que tornam inviável o pedido de equiparação. A propósito cito decisão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO MESMO EMPREGADOR O fato de o reclamante e o empregado paradigma prestarem serviços a empresas distintas, ainda que integrantes do mesmo grupo econômico, impede o deferimento da equiparação salarial. As empresas que formam o grupo econômico constituem empregadores distintos, têm personalidade jurídica própria, com organização e estrutura funcional independentes, impossibilitando a presença da identidade funcional, exigida por lei para o reconhecimento do direito à equiparação salarial. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST - E-RR: 2043001520065150116 204300-15.2006.5.15.0116, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 07/03/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013)

Pelo que se extrai deste julgado, o simples fato de as empresas formadoras do conglomerado possuírem personalidades jurídicas distintas já é suficiente para descaracterizar o requisito empregador único, não sendo cabível a equiparação salarial entre empregados de diferentes empresas.

Contudo, o argumento que embasa a maior parte das decisões acerca do tema diz respeito ao não preenchimento do requisito da identidade de empregadores, previsto na CLT, para que haja a equiparação salarial.

Neste sentido, o Recurso de Revista nº TST-RR-120140-81.2007.5.15.0129 é precedente mais utilizado para corroborar muitos julgados da Corte acerca do tema.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. A potencial violação do art. 461, "caput", da CLT encoraja o processamento do recurso de revista, na via do art. 896, "c", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II. RECURSO DE REVISTA. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Preliminar que se deixa de examinar, com base no art. 249, § 2º, do CPC. 2. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. IMPOSSIBILIDADE. A interpretação literal do "caput" do art. 461 da CLT afasta a equiparação salarial entre empregados de empresas distintas, embora integrantes do mesmo grupo econômico. Recurso de revista conhecido e provido. [...] (TST-RR-120140-81.2007.5.15.0129, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 08/09/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2010)

Para o Ministro Relator, a mera interpretação literal do *caput* do art. 461, CLT é suficiente para se observar que caso paradigma e paragonado laborem em empresas distintas, não há o que se falar em identidade de empregadores, ainda que estas empresas sejam integrantes de um mesmo grupo econômico.

Noutra perspectiva, é importante se verificar a questão da solidariedade passiva. Aqui, cabe identificar de que forma se concretiza a prestação de serviços do empregado, se isoladamente em prol apenas da empresa empregadora ou se o trabalho também beneficia o grupo econômico.

Para os defensores da aplicação da solidariedade passiva, neste caso, as demais pessoas jurídicas participantes do grupo econômico somente serão

responsáveis em relação à obrigação de pagar. Isso porque não se considera plausível que todas as empresas participantes possam exigir a prestação de serviços do obreiro.

Na prática, o que se verifica é que de forma direta o empregado labora para uma empresa que é aquela que constará na Carteira de Trabalho e Previdência Social como empregadora. Apenas de maneira indireta o trabalho realizado na sede de uma determinada pessoa jurídica aproveitará o grupo, pois as empresas estão interligadas e isto refletirá tão somente na exploração da atividade econômica pelo conglomerado comercial.

Entretanto, caso se chegue à conclusão de que em verdade o empregado exerce suas atividades em benefício do grupo, será possível a equiparação salarial. É o pensamento que se extrai da seguinte decisão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. SERVIÇOS PRESTADOS QUE APROVEITAM A AMBAS AS EMPRESAS. POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte tem entendido que o fato de dois empregados prestarem serviços a empresas distintas, ainda que integrantes de um mesmo grupo econômico, impede o reconhecimento da equiparação salarial, exceto se, no caso concreto, for constatado que os serviços prestados pelo reclamante e pelos paradigmas aproveitavam às duas empresas empregadoras, integrantes do mesmo grupo, ou que o labor favorecia diretamente o grupo econômico. 2. No caso, conforme consignado pelo Regional: a) a mantenedora da faculdade em que laborava o paradigma é a mesma do hospital em que laborava o reclamante; e b) reclamante e paradigma foram contratados pela mantenedora para exercer o cargo de vigia, e deveriam prestar seus serviços em quaisquer das unidades da empregadora. Nesse contexto, não há dúvida de que os serviços prestados pelo reclamante e pelo paradigma aproveitavam às duas empresas do grupo. Intactos, pois, os arts. 2º, § 2º, e 461 da CLT. 3. Recurso de revista de que

não se conhece. (TST - RR: 3498720115150094, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19/11/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

Em um mesmo sentido é o entendimento esposado no julgado abaixo, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST:

RECURSO DE EMBARGOS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. EMPRESAS DISTINTAS. RECURSO DE REVISTA PARCIALMENTE PROVIDO. REQUISITO MESMO EMPREGADOR. O fato de o reclamante e o empregado paradigma prestarem serviços a empresas distintas, ainda que integrantes do mesmo grupo econômico, impede o deferimento da equiparação salarial, notadamente quando o trabalho se realiza, independente do grupo, diretamente a uma e outra empresa integrante do grupo econômico, em locais diversos, com distinção de trabalho e função. Isso porque as empresas que formam o grupo econômico constituem empregadores distintos, têm personalidade jurídica própria, com organização e estrutura funcional independentes, impossibilitando a presença da identidade funcional, exigida por lei para o reconhecimento do direito à equiparação salarial. Todavia, diante da existência de trabalho direto ao grupo econômico, não é possível afastar o direito à equiparação salarial apenas pelo aspecto formal relativo ao contrato de trabalho realizado com empresas distintas, em face de paragonado e paradigma. Necessário verificar os requisitos do art. 461 da CLT, exatamente como entendeu a c. Turma, já que o conceito de mesmo empregador também pode alcançar o trabalho dirigido diretamente ao grupo econômico, quando efetivamente no local da prestação de serviços existe atribuição e função idêntica. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST - E-ED-RR: 302420105020254 30-24.2010.5.02.0254, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 06/06/2013,

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013)

Tendo em vista o Princípio da primazia da realidade, reconhece-se a equiparação salarial caso haja a solidariedade dual, o que na prática representa a exigência de exercício da atividade laboral que abarca mais de uma sociedade participante do conglomerado empresarial.

Observa-se que de maneira geral, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido pela impossibilidade da equiparação salarial. No entanto, caso a prestação dos serviços aproveite ao grupo, permite-se a isonomia entre empregados de pessoas jurídicas distintas.

6. ASPECTO PROCESSUAL: FASE DE EXECUÇÃO

As relações de trabalho em que figuram como empregadores os grupos econômicos têm sido alvo de grandes discussões em âmbito judicial. Nesse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho tem prolatado decisões reiteradas que firmam jurisprudências acerca do tema.

Ante a responsabilidade solidária passiva dos conglomerados comerciais – amplamente aceita pelos estudiosos – entende-se que o pagamento das verbas trabalhistas é dever de todos os membros do grupo.

O adimplemento das verbas decorrentes do pacto laboral na fase executória permite a satisfação dos direitos do empregado. Quanto a este ponto, a divergência surge quando da indicação das empresas responsáveis pela quitação das dívidas trabalhistas.

6.1. O cancelamento da Súmula 205, TST

Em relação à fase de execução, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho cancelou – por meio da Resolução Administrativa nº 121/2003 publicada no DJ em 21.11.2003 – a Súmula 205, TST, a qual dispunha, *in verbis*: “O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da

relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”.

Pelo texto apresentado, percebe-se que anteriormente ao cancelamento da súmula supracitada, havia a necessidade de que a empresa integrante do grupo fosse incluída no título executivo judicial, ou seja, tivesse participado da lide para que figurasse também no polo passivo da fase de execução.

É o que se verifica da explicação da doutrina:

A antiga Súmula 205 do TST, de 1985 (cancelada em novembro de 2003 pela Res. n. 121/03 do TST), exigia a formação de litisconsórcio passivo pelas entidades que se pretendiam ver declaradas como integrantes do grupo econômico, impondo, desse modo, que esta tese fosse necessariamente examinada na fase cognitiva do processo trabalhista, com citação dos entes envolvidos e possibilidade de apresentação de sua ampla defesa. Em consequência, não considerava válida a aferição do grupo somente na fase liquidatória/executória do processo. Se o ente supostamente integrante do grupo não fosse citado e, como tal, condenado, não poderia ser compelido, por este fundamento, a responder pelo título executivo judicial. (DELGADO. 2015, p. 445).

O entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores representa entendimento pacificado da jurisprudência. Ante o cancelamento da Súmula 205 do TST, muitas discussões surgem no mundo jurídico acerca da posição adotada atualmente sobre a matéria.

Ora, se o entendimento restava harmonizado em decorrência da redação da súmula, o cancelamento veio a causar conflitos dentre os estudiosos acerca da possibilidade de se executar empresas que não houvessem integrado o polo passivo da relação processual.

Parte significativa da doutrina hodiernamente tem entendido que se considera não ser necessário que a empresa integrante do grupo econômico

tenha participado da relação processual e, conseqüentemente, conste do título para que seja sujeito passivo da execução.

De acordo com a explicação do doutrinador José Cairo Júnior, o qual se filia a este posicionamento:

Pelo novo posicionamento do TST, que se chega a partir do cancelamento da aludida Súmula nº 205, nada impede que a responsabilização efetive-se durante o processo de execução, desde que se garanta o devido processo legal com o amplo direito de defesa. (2013, p. 375)

Para os doutrinadores que comungam deste entendimento, não mais se verifica cabível a aplicação do entendimento trazido pela referida súmula, posto que caso o Tribunal Superior do Trabalho concordasse com a sua redação não a teria cancelado.

Diante disso, basta que se confira à empresa solidariamente responsável o direito ao contraditório e à ampla defesa, de maneira que a condenação não seja automática, possibilitando-se que a executada se pronuncie nos autos, ainda que na fase de execução.

A propósito, cite-se acórdão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. Não se cogita em violação da coisa julgada, uma vez que o fato de a empresa integrante do grupo econômico não ter participado da relação processual como reclamada e, portanto, não ter constado do título executivo judicial como devedora, não constitui óbice à sua inclusão no pólo passivo do processo de execução. Isso porque não mais prevalece no âmbito desta colenda Corte Superior o entendimento de que, em tal circunstância, a empresa participante do conglomerado

não teria legitimidade para figurar no polo passivo da execução, como estabelecia a Súmula nº 205, a qual foi cancelada, por meio da Res. 121/2003. Precedentes . 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 2461520105180003 246-15.2010.5.18.0003, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 30/11/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/12/2011)

Em um mesmo sentido, observa-se julgado mais recente da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. O e. TRT da 18ª Região manteve o reconhecimento do grupo econômico em fase de execução e a possibilidade de direcionamento dessa execução contra empresa que não integrou o polo passivo na fase de conhecimento, com base no cancelamento da Súmula 205 do TST. A admissibilidade do recurso de revista, em processo de execução, está condicionada à demonstração inequívoca de violação direta e literal de norma da Constituição Federal, na forma do § 2º do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 266 desta Corte. Ausente tal demonstração, o recurso não pode ser processado. Agravo de instrumento não provido. (TST - AIRR: 191620105180006 19-16.2010.5.18.0006, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 28/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013)

Desta maneira, da análise da jurisprudência pátria verifica-se que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho tem sido no sentido de que, com o cancelamento da Súmula 205, mister se faz modificar o entendimento anteriormente aceito.

Nesse sentido, ainda que uma pessoa jurídica integrante do grupo econômico não tenha participado da lide na fase de conhecimento, contra ela é

possível ser proposta a execução, tendo em vista a solidariedade passiva existente entre as empresas componentes do conglomerado.

Aqui, resta patente o entendimento majoritário adotado pela jurisprudência, uma vez que o cancelamento da Súmula 205, TST possibilitou o entendimento contrário à sua redação. No entanto, frise-se que não se pode ter usurpado a garantia constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Este novo entendimento veio a corroborar a proteção ao empregado, inerente ao Direito do Trabalho. Com a possibilidade de executar empresas que não constam no título executivo, há menores chances de haver inadimplemento, vez que o leque de empresas responsáveis pelo pagamento é mais abrangente. Assim, há maior garantia de concretização dos direitos do empregado.

Em contrapartida, importante destacar que uma singela parte dos estudiosos admite a possibilidade de que, embora tenha havido o cancelamento da referida súmula, o entendimento permanece o mesmo. Segundo esses doutrinadores, seria inviável a execução em relação à empresa que não tenha sequer participado da relação processual.

CONCLUSÃO

Diante da reunião de empresas com o fim de exploração de atividade econômica com um interesse comum, a relação de emprego se apresenta de forma *sui generis* em que o empregador assume forma diversa da tradicionalmente admitida.

Como consequência deste agrupamento, o Direito do Trabalho aprofunda o seu estudo em diversas situações, em prol da regulamentação das situações em que se configura este formato de prestação laboral.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz a previsão de que o grupo econômico é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas. Ora, não se pode aceitar que os direitos do empregado sejam suprimidos tão somente por seu empregador pertencer a um conglomerado de empresas.

A atividade econômica do empregador jamais terá o condão de prejudicar o trabalhador. Diante desse cenário, alguns vieses são apontados pela doutrina, a partir de situações surgidas desse tipo de relação empregatícia.

O grupamento pode ser estruturado sob o comando de uma empresa, sendo as demais pessoas jurídicas hierarquicamente inferiores, caracterizando-se a subordinação. Há ainda a formação horizontalizada, em que o simples interesse econômico pauta a constituição do grupo, sem que haja subordinação, mas apenas coordenação.

A solidariedade pode ser resultante apenas do pagamento das verbas trabalhistas (passivamente). Nesse caso, as diversas pessoas jurídicas devem arcar com os eventuais débitos oriundos do contrato de trabalho. Quanto a este ponto não existe divergência doutrinária nem jurisprudencial, vez que a própria CLT traz esta previsão.

O mesmo não ocorre com a solidariedade em sua modalidade ativa, em que se analisa o exercício do labor. Nesse caso, qualquer das empresas integrantes pode exigir do empregado a prestação dos serviços, embora este não seja contratado diretamente por ela. Neste ponto, há discordância entre os autores. A depender do ponto de vista adotado, poder-se-á configurar o grupo econômico como empregador único ou não.

Neste cenário, a equiparação salarial nos grupos econômicos merece destaque.

Dos requisitos exigidos para a caracterização da equiparação salarial, o que requer a identidade de empregadores possui conceito simples, entretanto, quando da existência de grupo econômico com empregados subordinados a empresas distintas, embora integrantes do mesmo conglomerado, a problemática resta demonstrada.

A distinção entre a solidariedade ativa e passiva é ponto de grande importância para a caracterização da isonomia salarial. Isso porque, caso se admita apenas a modalidade passiva tem-se que não é possível a equiparação.

Contudo, se houver uma solidariedade em sua forma dual, ou seja, abarcando também a solidariedade ativa, entende-se que é possível haver o direito dos empregados de empresas diversas perceberem iguais salários.

Para o Processo Trabalhista, questão importante acerca do tema grupos econômicos cinge-se à fase executória. Após o cancelamento da Súmula 205, do Tribunal Superior do Trabalho, surgiu a controvérsia acerca da exigência ou não de que uma empresa conste do título executivo judicial para que contra ela seja proposta a execução.

A doutrina e jurisprudência majoritárias, quanto a este ponto, consideram que a inexistência da súmula que exigia a participação na relação processual pressupõe uma mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores.

Dessa maneira, admite-se a execução em face de pessoa jurídica diversa daquela constante do título executivo. No entanto, é necessário que seja a esta oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

O tema escolhido foi de importante enriquecimento intelectual, uma vez que favoreceu o conhecimento sobre o tema. O estudo possibilitou, também, que pesquisas fossem realizadas em relação ao assunto, oportunizando o conhecimento mais aprofundado acerca dos aspectos apresentados.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **CLT: Consolidação das Leis do Trabalho**. Organizadores Renato Saraiva et al. 9 ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. **CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: Ltr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 19 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2012.

MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **O grupo de empresas e o direito do trabalho**. Disponível em:

http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=130:o-grupo-de-empresas-e-o-direito-do-trabalho&catid=51:doutrina&Itemid=164. Acesso em: 03.jan.2015.

NOTAS:

[1] Art. 2º, §1º, CLT Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

[2] Art. 265, CC: A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DA LEI 9.099/95

CAROLINE CARVALHO BARBOSA SIQUEIRA: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Brasil. Fernandópolis - SP.

Mestre **André de Paula Viana**(orientador) [\[1\]](#)

RESUMO: Este presente artigo visa demonstrar a atual importância da suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico brasileiro e as preocupações, doutrinárias e jurisprudência, acerca de seus aspectos mais controvertidos. Destacando-se o relevante papel do sursis processual como instrumento de realização de justiça sem privação de liberdade e sem perda de sua nota fundamental de caráter ressocializador e de pacificação social, conciliando eficiência e humanidade. Por fim, discutem-se os pressupostos de cabimento, natureza jurídica e condições para aplicação da suspensão condicional do processo.

Palavras-chave: privação de liberdade, suspensão condicional do processo.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the current importance of the conditional suspension of the process in the Brazilian legal system and the concerns, doctrinal and jurisprudence, about its most controversial aspects. Emphasizing the relevant role of procedural sursis as an instrument for the realization of justice without deprivation of liberty and without loss of its fundamental note of resocializing character and social pacification, reconciling efficiency and humanity. Finally, we discuss the assumptions of appropriateness, legal nature and conditions for application of the conditional suspension of the process.

Keywords: Deprivation of liberty, conditional suspension of the process

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. COMPETENCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. 2. CONCEITO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. 2.1 Natureza Jurídica da Suspensão Condicional do Processo. 2.2 Aceitação da Suspensão e Homologação da Suspensão. 2.3 Efeitos do Cumprimento da Suspensão Condicional do Processo. 3. BENEFÍCIO OU CONSTRANGIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Não há consenso sobre a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da lei 9.099/95. A Suspensão Condicional do Processo é uma forma de solução alternativa para problemas penais, que busca evitar o início do processo em crimes cuja pena mínima não ultrapassa um ano quando o acusado não for reincidente em crime doloso e não esteja sendo processado por outro crime.

Além disso, devem ser observados aspectos subjetivos da personalidade do agente, o que é sempre problemático. A Suspensão Condicional do Processo se aplica em qualquer procedimento, e não só no sumaríssimo. Assim, em crimes não considerados de menor potencial ofensivo também pode ser oferecida a Suspensão Condicional do Processo.

O momento adequado para o oferecimento da Suspensão Condicional do Processo é o do oferecimento da denúncia, o Ministério Público apresenta a sua proposta para o réu, caso este a aceite o juiz homologa o acordo e colocará condições da suspensão, após, verificar sua legalidade e se a denúncia seria recebida.

Portanto, cabe ao acusado o cumprimento de tais condições no exato período de prova, caso contrário, o benefício será revogado. Decorrido o período de prova da suspensão sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, o que não gera reincidência nem maus antecedentes, porém se vier a praticar outro delito, apenas será beneficiado novamente, se decorridos cinco anos do cumprimento anterior, sendo disposto o artigo 76, parágrafo §4º, da Lei 9099/95.

1. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

As infrações da competência da suspensão condicional do processo, segundo disposto Artigo 89, caput, da Lei nº 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá

propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)).

A suspensão condicional do processo aplica-se todas as infrações em que a pena mínima cominada em abstrato não seja superior a um ano, o benefício é cabível em crimes como: lesão corporal grave, furto simples, apropriação indébita, estelionato, receptação simples entre muitos outros. Dentro desses crimes citados desde que possuem pena mínima igual um ano e também em delitos como: desacato, resistência e lesão corporal leve, em que a penal mínima inferior a uns anos.

O furto qualificado e a lesão corporal gravíssima instituto se mostram incabível, já que os delitos possui pena mínima de dois anos. Sendo assim é irrelevante a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (reclusão ou detenção), quando há previsão cumulativa de pena de multa, no caso de furto simples em que a pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa, sendo neste caso plenamente viável o benefício.

Neste sentido, a suspensão condicional do processo pode incidir em crime do Código Penal e de Leis Especiais, aplicando se em delitos apuração na Justiça Estadual ou Federal, aplica-se também a Justiça Eleitoral. Assim aos crimes eleitorais que são considerados de menor potencial ofensivo devem ser aplicados os institutos previstos da Lei 9.099/95, já o Superior Tribunal de Justiça entendeu a competência para Justiça Eleitoral segundo a Lei 11.313/2006, vindo alterando o antigo Artigo 61:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Os crimes militares não são apreciados pelos Juizados Especiais Criminais, em seu disposto Artigo 90-A da Lei 9.099/95 que prevê:

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

São aplicáveis também as contravenções penais, já a menção única à palavra crime contida no Artigo 89 da Lei 9.099/95 não teve a finalidade de excluir o benefício em relação às contravenções, já que se são de menor gravidade do que os crimes. A norma é benéfica sendo possível que o autor da contravenção ou de crime de menor potencial ofensivo, recuse a proposta de transação penal, já o Ministério Público deverá apreciar o cabimento da suspensão condicional, e presentes os requisitos da suspensão condicional do processo deverá efetua-la. Em um caso de uma pessoa que já foi beneficiado nos últimos 5 anos anteriores por outra transação penal, fato que impede nova transação e não veda a suspensão condicional do processo, segundo o disposto do Artigo 76, §2º, II da Lei 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.

2. CONCEITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A suspensão condicional do processo é uma espécie quando o titular da ação não acarreta o prosseguimento da ação e a busca por uma condenação, já o réu sem discutir sua responsabilidade criminal, submete-se por um determinado prazo ao cumprimento de algumas condições, sendo ao termino do período de prova o acusado não tenha dado a revogação do benefício, assim será decretada a extinção da punibilidade.

O instituto da suspensão condicional do processo não há inconstitucionalidade, já que não ofende os princípios: presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, sendo na medida em que o Réu não é declarado ou

considerado culpado. Já no entanto a questão é a responsabilização penal do acusado se quer chega a ser discutida e a ele não se impõe pena, mas as condições as quais ele próprio se dispõe a cumprir, assim uma vez declarada a suspensão e extinta a punibilidade pelo juiz, nada constará na folha de antecedentes.

Portanto, a criação do instituto da suspensão condicional do processo pela Lei 9.099/95 consagrou com o princípio da indisponibilidade da ação pública consagrada com o Código de Processo Penal, permitindo que o Ministério Público sendo o titular da ação abrindo mão por meio da proposta da suspensão condicional do processo.

2.1 Natureza Jurídica da Suspensão Condicional do Processo

Quem tem legitimidade da suspensão condicional do processo é o Ministério Público, o titular exclusivo da ação penal, observados todos os requisitos objetivos e subjetivos legais, cabendo decidir sobre a conveniência de apresentar ou não a proposta da suspensão condicional do processo, a doutrina, no entanto não admite que o juiz possa conceder, de ofício ou a requerimento do acusado, a suspensão condicional do processo.

Tendo feito a suspensão, sem a anuência do Ministério Público, implicaria em se aceitar a legitimidade do magistrado para exercer função constitucionalmente acometida, com exclusividade, ao órgão ministerial. Assim afrontaria um dos princípios fundamentais penais contemporâneas, consubstanciado na ideia de um verdadeiro processo acusatório de partes, que garanta o contraditório, a ampla defesa e a separação nítida e completa orgânica dos sujeitos e das funções processuais.

Neste sentido, a regra é a de que o Ministério Público tem o poder dever de apresentar denúncia para iniciar a ação penal contra o acusado e somente apresentar proposta de suspensão condicional do processo se os pressupostos e condições legais estiverem presentes positivamente, indicando que o benefício se justifica de forma plena, desta forma, se o Promotor de Justiça manifestar-se contrariamente à proposta de transação e se o juiz entender cabível a concessão do benefício cabe o Juiz determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça para decidir sobre a divergência.

Essa posição jurisprudencial correta conforme a Sumula do STF nº 696:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Já o Procurador Geral de Justiça poderá designar outro Promotor para apresentar a proposta de suspensão, se entender cabível o benefício ou ratificar o entendimento do Promotor de Justiça, hipótese em que ele opinará pelo prosseguimento da ação penal.

Segundo alguns doutrinadores levantaram os seguintes argumentos a favor deste entendimento doutrinário.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. Juizados Especiais Criminais – Comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 106-10:

O instituto da suspensão do processo não representa um direito subjetivo do acusado, “mas uma faculdade conferida ao dominus litis no sentido de, em determinadas hipóteses legalmente limitadas, sempre pautado no indeclinável bom senso, deixar de prosseguir na ação proposta.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Atlas, 2000, p. 287:

Ao titular do ius persecuendi pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade.

Portanto, existe vários julgados admitindo a concessão do benefício pelo juiz, em caso de recusa ou omissão do promotor de justiça, com fundamento no argumento de que se trata de um direito subjetivo do acusado, sendo a corrente jurisprudencial é contrariada por outros tantos acórdãos que decidiram pelo não cabimento de tal providência judicial.

O STJ, após inúmeras decisões admitindo a possibilidade de o juiz conceder a suspensão, mesmo sem a concordância do representante do Ministério Público, passou a entender que a iniciativa da proposta é privativa do Promotor de Justiça e, portanto, não pode ser feita pelo juiz, que não dispõe de poderes para decidir sobre a conveniência e oportunidade de conduzir a ação penal.

2.2 ACEITAÇÃO DA SUSPENSÃO E HOMOLOGAÇÃO DA SUSPENSÃO

Inicialmente aceita a proposta da suspensão, o processo ficará literalmente suspenso, impedido assim, de prosseguir até julgamento. Já a suspensão condicional do processo o que se suspende é o próprio processo, “ab initio”. O momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado em princípio para a concretização da proposta de suspensão.

Já com a aceitação da suspensão condicional do processo o Juiz vai dar a condições segundo o dispositivo Artigo 89, § 1.º, incisos I, II, III, IV, Lei 9.099/95:

Art. 89. § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O juiz impondo umas dessas condições sendo esses rol meramente exemplificativo, que seguirei explicando cada uma delas:

1º) Inciso I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo: essa reparação pode se dar durante prazo de suspensão do processo, já não sendo obrigatória a indenização imediata no momento da audiência.

2º) Inciso II - proibição de frequentar determinados lugares: o juiz pode proibir o acusado frequentar determinados lugares como: campos de futebol, bares, casa de jogos entre muito outros lugares.

3º) Inciso III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz: o juiz neste caso vai dar as condições ao acusado que ele estará proibido se ausentar mais de oito dias da comarca onde reside, neste caso o juiz tem que dar autorização se o acusado for se ausentar mais de oito dias da comarca.

4º) Inciso IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades: nesta condição é o juiz possa ter um contato maior com o beneficiado e que a fiscalização seja mais próxima. Se o réu morar em cidade diversa daquela comarca que está tramitando seu processo, o acompanhamento das condições se dará por meio de carta precatória e o comparecimento mensal da o juiz que estará com a carta precatória que fala o juízo deprecado, assim o juiz deprecado comunicará ao juízo deprecantes eventuais faltas ou o cumprimento das obrigações.

Neste sentido, se não houver a fixação das condições obrigatórias já o Ministério Público vai opor embargos de declaração. Assim, além disso, a não fixação da condição de reparar o dano quando o crime houver vítima, possibilita a vítima ingressar com o recurso de apelação.

Com a paralisação do processo, o acusado fica assegurada a manutenção ao seu estado de inocência, visto que não foi reconhecida sua culpabilidade ou qualquer requisito de responsabilidade criminal. Já a aceitação da proposta passou a ser mais uma estratégia de defesa, enquadrando-se na ampla defesa do acusado, segundo o dispositivo Artigo 5º, LV da Constituição Federal:

Artigo 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

As condições que o juiz propor ao acusado fica fielmente cumpridas durante o prazo determinado sendo no final extinta a punibilidade. Não há que se falar em reincidência, sendo o plano traçado e consensualmente, sem que tenha

havido revogação, resulta extinta a punibilidade, isto é, desaparece a pretensão punitiva estatal decorrente do fato punível descrito na denúncia.

Há de ressaltar em uma eventual circunstância de haver o descumprimento das condições legalmente impostas, o benefício é revogado, iniciando-se novamente o processo, pois até então não ficou de forma alguma evidenciada a culpa do acusado, e o fato de o acusado ter antes concordado com a suspensão do processo não pode ser levado em conta para o efeito da culpabilidade.

Já aplica também ao Jecrim o Código de Transito Brasileiro, já esta pena não sendo inferior a um ano, quando acontece em acidentes de trânsito, por exemplo, nem mesmo o acusado estando muito seguro sobre sua culpa, mas para não discutir já aceita a suspensão condicional do processo.

Assim quando a transação processual celebrada entre as partes no sentido de suspender o processo é um ato de postulação, ou seja, cabe ao juiz a última palavra, caberá o juiz suspender o processo. Trata de um poder-dever de qualquer modo não se pode negar que a palavra final é do juiz, ao Ministério Público cabe propor, ao acusado aceitar, ao juiz suspender.

Portanto, haverá um controle judicial, inclusive do pelo uso do princípio da oportunidade, sendo assim após recebida a denúncia e a proposta de suspensão do processo, o juiz deve agir como mediador, direcionando a discussão ao exercer o controle da legalidade e justiça, no que tange ao ajuste das condições propostas.

2.3 EFEITOS DO CUMPRIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Inicialmente os efeitos cumprem que seja apontada a principal finalidade da suspensão do processo nos termos da Lei 9.099/95, que é dar ao acusado a possibilidade de evitar o processo, considerando-se que o mesmo é paralisado mediante o acerto de condições a serem cumpridas em prazo determinado. Assim o réu deixa de viver o constrangimento do processo em troca de cumprir as condições legais e judiciais transacionadas em juízo, conforme o Artigo 89, §§1º e 2º.

Os efeitos que são estes benefícios que visam a atender aos interesses despenalizadores do sistema jurídico, pretendendo atingir os objetivos de solucionar alguns efeitos logo ao seu início.

Portanto, permite concluir que o beneficiário da suspensão do processo não estará sujeito aos efeitos da condenação, salvo o de reparar o dano causado pelo delito. Assim continuará, em seu estado de primariedade penal, com a única ressalva de não poder gozar do mesmo benefício uma segunda vez, antes de decorrido o período de cinco anos, conforme entende a doutrina em face da omissão legal.

3. BENEFICIO OU CONSTRAGIMENTO SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Instituiu-se profunda alteração na mentalidade e mecânica judicial, que terá que ser absorvida pelos profissionais, o direito penal até então era voltado para a punição formal, sem se preocupar tanto em ressocializar o culpado, mantê-lo integrado à sociedade, e sequer deixa à vítima real a oportunidade de receber a indenização rápida. Estas mudanças no ordenamento jurídico vieram visivelmente ao obter previsão pela Constituição Federal em 1988, quando as infrações penais de menor potencial ofensivo passariam a ser julgadas por Juizados Especiais.

Em seu dispositivo artigo 98, inciso I, CF que a lei criasse a pena alternativa consentida pelo réu, a suspensão do processo e a composição civil, todas amparadas na transação ou através da disponibilidade da ação penal.

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

As vantagens do instituto, evita a prisão e o trauma do processo, diminui o volume de serviço do Judiciário, permitindo que este se volte para o combate da criminalidade violenta, reduz o custo do processo, tanto para o Estado, quando para o acusado, pode levar a reparação do dano causado à vítima e vindo não gerar quaisquer efeitos penais no caso de extinção de punibilidade.

A suspensão condicional do processo, este instituto surgiu como um benefício ao acusado, gerando a desburocratização, agilização do judiciário, sua modernização e celeridade, bem como, estigmatizar derivada do processo.

É muito importante salientar, que o instituto da Lei 9.099/95, busca impedir as cerimônias degradantes presentes no processo, ou seja, evitar que o acusado perca sua própria identidade e receba outra, porém degradada e rebaixada. Sendo a oportunidade de o réu refletir o, erro trazendo benefícios indiretos, como a diminuição dos gastos públicos, o desafogo da máquina judiciária e do sistema prisional, possibilitando à justiça voltar-se profundamente para casos mais complexos e graves.

Logo não há em se falar nenhum constrangimento da suspensão condicional do processo pelo contrário, é um benefício da suspensão condicional do processo, já o condenado não poderá ser reincidente, deve ter favoráveis as circunstâncias judiciais, não sendo cabível a substituição de pena de prisão por restritiva de direitos.

Assim o acusado deverá ficar submetido condições que o juiz dispuser, o juiz não ficará limitado a condições segundo o dispositivo Artigo 89, §1º da Lei 9.099/95, podendo especificar outras condições a que submeterá o acusado, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal dele.

Neste sentido, a suspensão do processo poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso de tal prazo, por outro crime ou contravenção, não efetuar, sem motivo justificável, a reparação do dano, ou descumprir qualquer das condições impostas.

Enquanto o período de prova, sendo o prazo da suspensão processual, bem como cumpridas as condições e não tendo a revogação do benefício,

considera-se extinta a punibilidade, sendo que, durante tal período, não correrá a prescrição.

Conforme o Vladimir Brega Filho, 2006, p 94-95, Editora Mizuno, 1ª edição define o instituto como:

A suspensão da ação penal com a concordância do réu, após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e cumpra certas condições durante um prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício.

Assim este é um benefício que requer um compromisso com a regra da discricionariedade no processo de avaliação destas circunstâncias, sendo exatamente o que pretende a lei, beneficiar com base num juízo antecipado e com certa segurança de acerto, o acusado com prognóstico positivo, no sentido de que o mesmo não voltará ao banco dos réus para responder a uma ação penal suspensa pelo modelo de justiça consensual.

Na verdade, a suspensão condicional do processo não pode ser entendida como um direito subjetivo do acusado, o exercício da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da CF, é atribuição privativa do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Ao princípio da obrigatoriedade, que continua sendo a regra geral, dela não pode dispor senão nos dois únicos casos excepcionais previstos nos artigos 76 e artigo 89 da Lei 9.099/95.

Portanto, neste último caso, tendo que considerar a suspensão condicional é solução de consenso, que pressupõe um quadro processual onde se torna inadmissível falar de direito subjetivo unilateral, que beneficie apenas uma das partes.

CONCLUSÃO

O tema é de extrema importância para o conhecimento da sociedade, pois trata-se de um assunto que é de certa forma recorrente entre aquelas pessoas que não sabem sobre as condições da Suspensão Condicional do Processo.

A relevância da pesquisa visa demonstrar quais os argumentos dos legisladores, o porquê dessa penalização. No que diz respeito à suspensão condicional do processo, as condições estabelecidas e aceitas pelo acusado têm um forte efeito ressocializador, já que não são impostas unilateralmente pelo Estado. Mas, ao contrário, necessitam de expresse consentimento deste para serem aplicadas, o que facilita o reconhecimento do erro por ele praticado, e ao mesmo tempo o estimula a não reincidir.

Com o acordo para a suspensão processual, o acusado toma consciência de que o Estado lhe está oferecendo uma segunda oportunidade para que não volte a praticar condutas antissociais. Por sua vez, a aceitação daquele no cumprimento das condições indica arrependimento e tendência ao abandono da prática delitiva.

Essa reparação é um estímulo para que o acusado não volte a praticar a mesma conduta antissocial, e passe a respeitar os valores vigentes para a maioria sem causar danos sociais. Por seu turno, a condição de comparecer ao juízo pessoalmente uma vez a cada mês para justificar sua atividade, durante o período de suspensão do processo, deixa claro ao acusado que o poder estatal está acompanhando sua conduta nesse período, o que faz que este evite cometer desvios, caso contrário o processo retoma seu curso normal.

Portanto, a Suspensão Condicional do Processo Penal como Instrumento de Controle Social, de revogação da suspensão caso o acusado, venha cometer outro crime ou contravenção penal, previsto no art. 89, §3º e 4º, da Lei 9.099/95, não deixa de ser um estímulo para que o acusado se comporte de acordo com a expectativa social.

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: 03 março 2017.

BRASIL. Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Promulgada em 26 de setembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 07 março 2017.

BRASIL. Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700

FILHO, VLADIMIR BREGA, Suspensão Condicional da Pena e Suspensão Condicional do Processo 2006, Mizuno, 1ª edição

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. Juizados Especiais Criminais Comentários. Rio de Janeiro, Aide, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. São Paulo, Atlas, 2000.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: SOBRE A ÓTICA DA RECENTE DECISÃO DO STF

WILLIANS RAFAEL CANUTO

CASIMIRO: Graduado em Agronegócio pela Fatec - Faculdade de Tecnologia-Jales-SP, Graduando em Direito pela Universidade Brasil-UNIVBRASIL-Fernandópolis-SP.

Prof. Ms. ANDRÉ DE PAULA VIANA (orientador) [1]

RESUMO: O princípio da presunção da inocência, previsto em nosso ordenamento jurídico, no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, constando também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu célebre artigo 9.º e até mesmo descrito em tratados Internacionais, como na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no qual o Brasil é signatário, delineando que todo cidadão que cometer um delito, terá todos os direitos e meios garantidos para provar sua inocência, até que se comprove a sua culpa. Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, na qual estabeleceu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Com esta decisão, ocorre certa dissonância com o previsto principalmente na Carta Magna, divergindo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao prevalecer que o réu mesmo não tendo esgotado todas as instâncias do qual caberiam recurso, poderá ser aplicada a pena, ou seja, nada impedindo que o início do cumprimento da pena seja depois de esgotadas as instâncias ordinárias. Posto isto será demonstrado neste trabalho de cunho científico, o instituto da Presunção de Inocência, aplicado ao caso concreto, com certo esmero e ressaltando o que esta previamente enclausurada em nosso Direito Brasileiro, servindo assim de exemplo para futuros doutrinadores do direito e estudantes deste ramo tão acalentado que é o estudo jurígeno.

Palavra-chave: presunção de inocência, segunda instância, condenado.

ABSTRACT: The principle of the presumption of innocence, provided for in our legal system, article 5, item LVII, of the Federal Constitution of 1988, also included in the Declaration of Human Rights and Citizenship in its Article 9, and even described International treaties, such as the American Convention on Human Rights (Pacto de San José, Costa Rica), in which Brazil is a signatory, outlining that every citizen who commits an offense shall have all the rights and means guaranteed to prove his innocence until Their guilt. In a recent ruling of the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus (HC) 126292, in which it established that Article 283 of the Code of Criminal Procedure does not prevent the commencement of execution of sentence after second instance conviction. With this decision, there is a certain dissonance with what is foreseen in the Magna Carta,

diverging the Plenary of the Federal Supreme Court, by prevailing that the defendant, even though he has not exhausted all the instances of which an appeal may be filed, may be applied, that is, nothing Preventing the beginning of the execution of the sentence after exhausting the ordinary instances. This will be demonstrated in this scientific work, the Institute of the Presumption of Innocence, applied to the concrete case, with a certain amount of care, thus serving as an example for future lawyers and law students So cherished that it is the juridical study.

Keyword: presumption of innocence, second instance, convicted.

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípio da presunção da inocência. 2.1 Fatos históricos; 2.2 Conceito. 3. Aplicações do princípio da presunção da inocência. 4. A influência da mídia na presunção da inocência. 5. O STF e a ameaça ao princípio da presunção de inocência. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, vive-se em um mundo onde a discussão em torno de vários fatores, seja na ordem de troca de mercadorias, contas a pagar, familiar, são preponderantes para poder viver em sociedade, são assuntos como estes que leva a buscar o direito a qualquer custo, utilizando-se de falácias, ou até utilização de meios desabonadores lesando assim quem esta sendo processado, bem como de institutos céleres, tais como dignidade da pessoa, razoável duração processual, que são clausuras pétreas estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal, capazes de delinear um norte a quem necessita de um resguardo da lei suplementado na doutrina.

Destarte temos o instituto da presunção da inocência no ordenamento brasileiro, previsto no artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal delimitando que o condenado, enquanto não estiverem esgotados todos os meios possíveis de recursos existentes, permanecerá sendo inocente, compartilhando assim do bem comum que é a vida pautada na soberania.

O Supremo Tribunal Federal julgou meses atrás o Habeas Corpus 126292, no qual por maioria de votos, o Plenário decidiu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não é empecilho para execução da pena após decisão de segundo grau, ou seja, o condenado deverá ser colocado imediatamente na prisão, votando um assunto que traz certo desamparo para com os brasileiros, ocorrendo a privação da liberdade ao ser aplicada já em segunda instância, sem ter qualquer amparo legal, o réu inocente é privado instantaneamente de seu direito de ir e vir, pois como se bem sabe temos o princípio da presunção de inocência, funcionando como uma diretriz a ser seguida em nosso ordenamento jurídico, jamais podendo assim deixar de ser aplicada de uma forma conveniente, que repercutiu inclusive nos jornais internacionalmente.

Objetiva com isto analisar sorrateiramente o viés presente no atual julgamento do Habeas Corpus 126292, do Supremo Tribunal Federal, abordando de forma sucinta o princípio da presunção de inocência pré-

estabelecidos na Carta Magna, demonstrando assim os fatores preponderantes que baseiam a busca de uma melhor aplicação da lei, dando o que há de direito para quem dele mais necessita. Justificando assim resolver está emblemática controvérsia que todos anseiam, poderá o réu permanecer preso sem ao menos sopesar no seu direito de estar em liberdade até que seja transitado o julgado, podendo assim resguardar plenamente o direito ao condenado que mais necessite.

Posto isto será analisado com mais aprofundamento este princípio importantíssimo, no qual nalguns casos a justiça comete falhas na sua real aplicação.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 FATOS HISTÓRICOS

Primeiramente deve-se delinear a respeito de como e onde necessariamente ocorreu o surgimento do princípio da presunção da inocência, tão famigerado atualmente, temos afirmado por Peluso (2016) aduzindo:

“o primeiro deles é marcado pela disposição do artigo 9, IX, da Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução de 1789, e que, em larga medida, foi, na esteira do movimento reformista da jurisdição penal, inspirada pelo iluminismo e pela mais famosa obra de um dos grandes teóricos da dogmática penal, o qual escreveu um pequeno livro — no tempo em que se escrevia pouco para dizer muito —, conhecido de todos, *Dei Delitti e Delle Pene*”.

Temos como um norte a seguir este acalentado princípio do qual sem ele os cidadãos pereceriam no tempo, a mercê da escuridão.

Aduzindo também a respeito sobre o mesmo tema, Beccaria (1764) citado por Antunes (2013, p. 39) nos explana:

“Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada”

Mas foi com a escola clássica italiana que realmente elevou-se o princípio da presunção de inocência a ser fundamentalmente uma ciência penal, exemplo fático a ser permanentemente louvado é o da ilustre doutrinadora Alexandra Vilela, (2000) explanado por Antunes (2013, p. 41-42) que diz:

“Seguindo a linha de raciocínio de CARRARA, a presunção de inocência é um postulado fundamental do processo penal e que se manifestará seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria da prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das

testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão, seja na exclusão de qualquer sugestão, de toda e qualquer fraude, seja ao nível de todo o artifício doloso que possa dar ao que é falso um aspecto de verdadeiro, seja na imparcial apreciação a fazer dos indícios, seja no grande espaço que a defesa terá de ter, e no amplo tratamento a dar aos advogados, seja nas formas sacramentais para a sentença, seja nos recursos de apelação e revisão”.

Com isto pode-se verificar donde surgiu ilustre regramento para garantir assim, a sua real aplicabilidade possível ao caso concreto, quando interpretado corretamente.

2.2 CONCEITO

Conceituando tem-se instituída sua origem como já demonstrado acima, ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa salientando mais precisamente em seu artigo 9º “*étant présumé innocent*”, ou seja enquanto o réu não estiver com a sentença definitivamente transitada em julgado, presumirá inocente este mesmo réu.

Interessante destacar a colocação de Oliveira (2011), a respeito do respectivo tema aqui tratado que o princípio da presunção da inocência impõe ao poder estatal observar-se duas premissas específicas com relação ao acusado, uma com fundamento, no qual o réu no momento da investigação não sofra restrições estabelecidas em uma possível condenação, noutra no sentido literal de que o ônus da prova relativa ao “*fumus boni iuris*” recai sobre a acusação, restando tão somente a defesa mostrar a excludente de ilicitude bem como culpabilidade, por ele defendido.

Demonstra assim quão importante é a fase onde cabe ao Ministério Público provar todos os fatos, deixando azo para que o condenado defenda-se em todas as fases processuais até que sobrevenha o trânsito em julgado.

Este momento foi marcado pelo retomada dos direitos do condenado, podendo se defender até que se prove em contrário sua inocência terminando assim a era inquisitorial que vigia na época, como nos afirma Antunes (2013, p. 39), dizendo “Referido princípio surgiu para garantir ao acusado o seu direito de defesa, evitando-se, assim, que fosse tratado desde o início da acusação como culpado, rompendo-se com o sistema inquisitivo próprio do processo penal de então”.

Poder-se-ia afirmar na lógica pura que verdadeiramente esta pessoa sendo incriminada poderia vir ocorrer sérios danos, prejudicando até mesmo a sociedade, abalando as estruturas bem como nos explana Beccaria (1766), citado por Peluso (2016) nos demonstrando que, “a humanidade não ganha nada ao condenar um inocente ou aplicar-lhe uma sanção, que é sempre irreversível”. Neste interino debruça-se sobre como

poderia um inocente poderia ou não ficar preso aguardando o julgamento definitivo.

Então enquanto não tiver esgotado todos os meios possíveis de alegar sua inocência perante a justiça, com embasamento na própria interpretação da lei, realmente como ela nos demonstra.

Certo é que do Judiciário advém o poder soberano de fiscalização, e ao mesmo tempo aplicação das leis aos fatos advindos da sociedade, por conta deste clamor, deve instituir uma pena, que seja equânime ao mesmo tempo justa, para o condenado.

Preponderante nos coloca a Carta Magna com previsão no artigo 5º, LVII da Constituição de 1988, que assim enuncia, “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei maior, toda a legislação infraconstitucional, deve seguir determinado princípio.

Em sendo assim é de extrema importância colocar-se a risca o estabelecimento deste tão célebre princípio, como uma força motriz presente nos dias atuais em nosso ordenamento jurídico.

Portanto se o condenado for julgado em segunda instância, caberá a apresentação deste infundável instituto, estabelecido na Constituição Federal, para ser utilizado pelos doutrinadores que amam fazer o direito, trazendo à baila suas vertentes memoráveis e intelectualmente compreensíveis na aplicação de sua ótica, alicerçada na Carta Magna.

3. APLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O acusado até que estiver com o processo em andamento presume-se como sendo inocente enquanto não findar todos os meios aptos a ensejarem a sua defesa.

Instintivamente tem-se a questão que caso o Judiciário julgue alguém, deverá o mesmo provar o alegado com todos os meios possíveis pré-estabelecidos em lei, também temos o devido processo legal do qual diz que ninguém poderá produzir prova contra si mesmo, claro não deveria deixar de colocar o “indubio pro reo” no qual em caso de dúvida deverá aplicar o Estado o que mais favorecerá o réu, outro caso é quanto ao já explanado acima enquanto não transitado julgado permanecerá como sendo inocente.

Neste diapasão afirma com simetria Reis et al. (2012, p. 77) aduzindo da seguinte maneira:

“apenas quando não forem cabíveis mais recursos contra sentença condenatória é que o réu poderá ser considerado culpado. Referido princípio, como se verá não é absoluto, pois a própria Constituição permite a prisão provisória antes da condenação, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 5º, LXI).

O Supremo Tribunal Federal, todavia, com base no princípio da presunção de inocência, firmou entendimento de que a pessoa que respondeu ao

processo em liberdade não poderá ser presa nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de prisão só poderá ser expedido após o trânsito em julgado do último recurso.”

Outro aspecto relevante é o que traz Lenza (2014, p. 1123) colacionando o seguinte:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.”

Noutro ponto, é de pleno destaque que se no decorrer do processo, for instaurado a prisão preventiva, esta deve ser pautada com todos os requisitos necessários, quais sejam a presença do *fumus boni iuris* (presença da materialidade e autoria) e o *periculum in mora* (perigo na demora), podendo inclusive ser substituída por uma das medidas cautelares com previsão no artigo 282 do Código de Processo Penal, e seja devidamente fundamentada, pois caso não haja certos requisitos estará ferindo o devido princípio da presunção de inocência.

4. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A mídia seja ela televisiva, pela internet, ou até mesmo por rádio, tem papel muitas vezes preponderante na incriminação do réu, por conta de seu viés persuasivo acaba estabelecendo a alguém necessariamente inocente como culpado mesmo que seja declarada essa inocência a posteriori da forma que é demonstrado para os espectadores em geral.

Temos os ensinamentos de Lopes (2012), aludindo que a presunção da inocência exige uma proteção referente a publicidade abusiva, bem como a crítica precocemente do réu, significando que não somente devido princípio deva ser utilizado democraticamente mas também os princípios constitucionais da imagem, dignidade e privacidade sejam respeitados, as algazaras prontificadas pela mídia devem ser coibido pela presunção de inocência.

Ocorre assim um verdadeiro abuso por parte da veiculação da mídia distorcendo os fatos imputados nos autos, certamente é importante a mídia para a fortificação da democracia alicerçando-a, mas sem solavancos colocando em xeque o andamento processual, principalmente em se tratando de fatos notórios, conhecidos por todos os cidadãos, deve-se preservar o direito de ir e vir, direito a imagem e a publicidade exacerbada em massa pelos meios de comunicação.

Em outros momentos o juiz de uma prisão preventiva injustamente aplicada, por conta simplesmente do clamor popular, isto se torna inaplicável na seara jurídica, tratando o réu como condenado já fosse, o que torna demasiadamente incompreensível sua aplicabilidade.

5. O STF E A AMEAÇA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O ordenamento do judiciário brasileiro é claro ao afirmar que a condenação condenatória será executada assim que esgotarem todos os meios possíveis abeis a colocar o réu em liberdade.

O STF julgou recentemente o HC nº 126.292, por maioria de votos (7x4), instituindo assim que o julgamento em segunda instância já poderia ser utilizado como meio a ensejar a prisão do acusado, sem ao menos esgotarem os recursos presentes no ordenamento jurídico, afrontando assim verdadeiramente o que explana a Carta Magna que terá plenamente garantido sua liberdade após o transito julgado, esta ideia como coloca o réu as minguas da lei não obedecendo referido princípio em comento, escamoteando assim todo o meio cabível para livrar o réu das amarguras por ele suplantadas.

Noutro diapasão, nos assevera o inculcado Botochio, (Estadão 2017, p. A2), compartilhando sua ideia, afirmando que o réu terá garantido seu direito de defesa sempre, quando o réu é acusado permite de tudo, mas para defesa nega-se testemunhas, perguntas, novas perícias, mas antigamente com Alfred Dreyfus na França, em 1894, Sacco e Vanzetti nos EUA, em 1927, e bolcheviques em Moscou, em 1936, ampliavam-se as defesas. A defesa começa em desvantagem, por conta da concepção de culpa primeiramente antes de auferir a presunção de inocência, institui assim a luz contra as trevas. Ele veio afirmar com clareza, o que já está previsto no ramo jurídico brasileiro, que enquanto não for julgada condenação penal irrecorrível o condenado será inocente.

Citando um artigo jornalístico com mesmo embasamento, tem-se a lição do ilustre Vieira, (Folha de S. Paulo, 2016, p. B2), apresentando a seguinte colocação:

“(...) Conforme os parâmetros mais elementares do Estado de Direito, estabelecidos pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, uma pessoa somente pode ser considerada culpada depois de devidamente julgada e condenada. Antes disso, ela deve ser considerada inocente e tratada como tal.

Com a evolução do Estado de Direito, as constituições democráticas contemporâneas, assim como os tratados internacionais de direitos humanos, passam a assegurar que não basta uma condenação. A pessoa deve ter o direito de ver seu caso revisto por um tribunal. Assim, só poderá ser considerada culpada após condenação por uma segunda instância. Trata-se da garantia do duplo grau de jurisdição.

A Constituição de 1988, no entanto, foi além desse parâmetro, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (artigo 5º.,LVII). Não falou nada sobre “duplo grau de jurisdição”. O termo utilizado foi “trânsito em julgado”. O que significa uma decisão da qual não caiba mais recurso. (...),

Parece sensato. Ocorre, porém que a Constituição brasileira é diferente das demais. É o “trânsito em julgado” e não o “duplo grau” que estabelece o momento a partir do qual se pode executar uma sentença. É o que está escrito.

Não há dúvida de que a “benevolência” constitucional gera morosidade e favorece a impunidade. Corrigir a Constituição, no entanto, não é função do Supremo.

Em sendo assim, pode se afirmar o erro crasso estabelecido pelo STF, jogando fora o que foi conquistado há muito tempo pelo povo brasileiro, uma afronta, principalmente de quem precisa ser acobertada pela verdadeira aplicação da lei.

Olvida-se com esta aplicação fora do comum, por abaixo todos os métodos possíveis de garantia da liberdade por parte do Judiciário com uma verdadeira divergência aqui demonstrada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto o explanado acima, podem-se verificar os erros cometidos por parte do órgão máximo na aplicação da verdadeira justiça, o STF busca com este entendimento, menosprezar os advogados em geral nos respectivos trabalhos na esfera criminal.

Feriu aqui o já conquistado há séculos, pondo a presunção da inocência em um buraco sem fim, inobservado os limites reais da aplicação

da lei em si, descortinando o que de real tem em suas vertentes a falha na aplicabilidade da prisão mesmo sendo esta decisão tomada em segunda instância.

Destarte necessário seria julgar com clareza, plenitude para que não ocorram certas mazelas por parte do judiciário, decisões incongruentes prejudicando a quem necessite verdadeiramente da justiça.

Portanto é de certa estranheza este posicionamento do STF, por conta de sua magnitude, ultrapassando assim os limites do razoável, apregoando de forma desnecessária, com esta posição inteiramente inapropriada, seria interessante debaterem corretamente esta decisão, para que os tribunais a quo tomem suas decisões certas.

7. REFERÊNCIAS

ANTUNES, A. F. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 1ª. ed. São Paulo: Nuria Fabris, 2013.

BATISTA, E. S. S. et al. **Princípio de Presunção da Inocência**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia> >.

Acessado em: nov. 2016.

BOTOCHIO, J. R. Direito de defesa em processo politizado. **O Estadão**, São Paulo, p. A2, 09 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em nov. 2016.

CIPRIANO, Bruno Rafael; FEISTLER, Ricardo. O princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do Habeas Corpus 84.078. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1115. Disponível em: Acesso em: 11 mai. 2017

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA. E. P. **Curso de processual penal**. 15ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELUSO, C. **É Preciso Entender a Grandeza da Presunção da Inocência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>>. Acessado em: nov. de 2016.

REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, O. V. Presunção de inocência. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. B2, 20 fev. 2016.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

MEIO AMBIENTE ECOLÓGICO E O ICMS ECOLÓGICO

VALDECI BENTO FERREIRA LIMA: Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Direito na Universidade Brasil.

Thalita Toffoli Páez (orientadora)^[1]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o meio ambiente, pelos Estados que possuem um cuidado especial pelo bem ambiental, partindo do desenvolvimento sustentável como parte de incentivo fiscal (ICMS Ecológico) na redistribuição dos recursos que são repassados, com o intuito de produzir reflexos bem mais interessantes do que os métodos coercitivos adotados no modelo tradicional brasileiro, como as ações punitivas pelo não cumprimento de imposições legais. Para tanto, busca-se discorrer sobre os direitos fundamentais, o meio ambiente e o direito ambiental; aborda ainda o ICMS Ecológico, tema central do trabalho. A pesquisa fora realizada por meio de bibliografias, encontradas em doutrinas, revistas, periódicos, códigos, leis específicas e artigos científicos.

Palavras-chave: Incentivo Fiscal; Benefício; Direito Ecológico.

ABSTRACT: This study aims to analyze the environment, the States that have a special care for the environment, with sustainable development as part of tax incentives (Ecological ICMS) in the redistribution of resources that are passed in order to produce much more interesting reflections than the coercive methods adopted the traditional Brazilian model as punitive actions for breaches of legal requirements. Therefore, sought discuss fundamental rights conceptualize the environment and environmental law; address the Ecological ICMS, a central theme of this work. The research was carried out through bibliographies, found in doctrines, magazines, journals, codes, specific laws and scientific articles.

Keywords: Fiscal Incentive; Benefit; Ecological Law.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. MEIO AMBIENTE. 2. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL. 3. ICMS. 4. CMS ECOLÓGICO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Os indivíduos em geral, em sua forma individualista, possuíam em um passado não tão distante, uma visão de que o meio ambiente e seus recursos eram ilimitados e inesgotáveis, e por muito tempo o Estado esteve omissos, não criando mecanismos que coibissem as transgressões ocorridas no meio ambiente nem mesmo sanções punitivas para aqueles que infringissem as normas proibitivas do Estado.

O próprio legislador ao ver a omissão do Estado Brasileiro, reforçou o Direito Brasileiro por meio da lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), conceituou o meio ambiente no seu artigo 3º, inciso I, como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abrigar e reger a vida em todas as suas formas e no seu artigo 2º, “Caput”, tendo como principal objetivo, preservar, melhorar e recuperar a qualidade do meio ambiental propiciando à vida e assegurando em nosso País, condições melhores ao desenvolver políticas socioeconômicas, que convergem aos interesses da segurança nacional e conseqüentemente à proteção da dignidade da existência da vida humana.

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), em seu artigo 225, demonstra que o Meio Ambiente é formado por um conjunto de elementos ecológicos de um sistema natural, ao qual permite abrigar e regular as formas de vida existentes como um todo.

No referido artigo 225, CF/88 em análise nos seus parágrafos e incisos aduz que são resguardados o direito a preservação e equilíbrio do meio ambiente aos quais dependem da sensibilização de todos nós para um bom uso dos recursos naturais utilizados podendo se esgotar se não forem usados de maneira responsável.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, VI, aponta que a ordem econômica tem que estar em consonância com os ditames da justiça social, assegurando a todos uma existência vital no mínimo digna, fundada na valorização humana e da defesa do meio ambiente.

De acordo com o Direito Tributário lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu artigo 155, "caput" combinado com o inciso II do mesmo artigo, atribui a

competência de instituir impostos aos Estados e ao Distrito federal, nesse entendimento, surge mecanismos tributários alicerçados no ordenamento jurídico com finalidade de repassar recursos para custear serviços públicos com natureza socioambiental para os municípios que aderirem a preservação ambiental.

Em se tratando de tributo, o ICMS é uma cobrança sobre as negociações referente à movimentação de Mercadorias e fornecimento de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, logo o ICMS Ecológico é um benefício financeiro que incentiva positivamente os Municípios a tomarem atitudes protetoras em relação ao meio ambiente, sendo um fruto do ICMS cobrado pelo Estado.

Dessa forma, com base constitucional e nas leis espaiadas pelo ordenamento jurídicos, a tributação ambiental intitulada como tributos “verdes”, é um mecanismo instrumentalizado pelos entes municipais, que aderem ao programa Estadual, gerando recursos para a proteção do meio ambiente com foco na preservação ambiental.

Com esse entendimento, grandes empresários tradicionais, estão mais conscientes em relação ao meio ambiente, através de relatórios que demonstram ser possível contribuir com as questões socioambientais.

A geração atual está mais vigilante e atenciosa com o futuro próximo, bem como à longo prazo, com fulcro na responsabilidade social e sustentabilidade econômica e ambiental, fazendo com que as instituições adotem métodos mais elaborados e menos pernicioso ao meio ambiente, cooperando para uma melhor forma de sustentabilidade ao usar defender e preservar o meio ambiente para os presentes e futuras gerações.

O presente estudo gira em torno da preocupação com a dimensão do uso impróprio do meio ambiente, preocupação que se instalou mundialmente em busca da conscientização da conservação do ambiente total, natural e produzido (tecnológico, político, ecológica, sociológica, cultural, econômico).

Não terá o condão de responder a todos os anseios, mas demonstrar a necessidade de fazer com que esse campo de pesquisa seja o mais profundamente explorado, com o objetivo único que é a educação ambiental através de

conscientização, conhecimentos, atitudes, habilidades, capacidade de avaliação e participação.

A metodologia usada foi feita através de doutrinas, revistas jurídicas, sites jurídicos, para que possamos ter uma conscientização pelo cuidar do meio ambiente que deve ser conquistada através da educação ambiental, formando cidadãos participativos e responsáveis por seus atos, direitos e obrigações.

1 MEIO AMBIENTE

O conceito de meio ambiente no Direito Brasileiro, está alicerçado na lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que o formulou como sendo “o conjunto de condições, leis, influencia e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas ”ÉDIS MILARÉ (2009, pag. 115).

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), no seu artigo 225, ao ser analisado com fulcro nos seus parágrafos e incisos, exterioriza que o nosso meio ambiente é um conjunto de elementos autônomos entre si, mas ligado a uma estrutura de um sistema natural que envolve o equilíbrio do ecossistema com as coisas existentes no ambiente, proporcionando várias formas de vida que são conhecidas atualmente que engloba desde a flora, fauna, microrganismos, solo, rochas, atmosfera, dentre outros fenômenos climáticos naturais e físicos.

A preservação e equilíbrio do meio ambiente dependem da sensibilização de todos e da preocupação de como equalizar o uso dos recursos naturais utilizados pelas instituições, podendo se esgotar se não forem usados de maneira responsável.

Doravante de uma nova consciência diferente daquela adotada pelos empresários tradicionais, as áreas financeiras das empresas passaram a contribuir com as questões socioambientais através de relatórios sobre o que as instituições estão fazendo em prol da sustentabilidade.

Essa nova geração está mais alerta e consciente com o futuro e, com isso, nasceu o conceito sobre responsabilidade social e sustentabilidade econômica, social e ambiental, fazendo com que as instituições adotem métodos mais

produtivos com menos prejudicialidade ao meio ambiente contribuindo para uma melhor adequação de sustentabilidade.

A CF/88 abordou o tema meio ambiente reconhecendo no seu conceito normativo não só ao meio ambiente natural, bem como englobando o artificial, o do trabalho, o cultural e genético, e que são tratados em diversos artigos espalhados na Constituição Federal Brasileira.

Portanto, artigo 225, CF/88 elenca um rol de direitos que serve como base direcionadora na proteção do meio ambiente, cujo papel constitucional é garantir que todos tenham direito ao meio ambiente de forma equilibrada e ecologicamente correta, tido como bem de uso comum do povo, estabelecendo ao Poder Público e à sociedade no geral.

Nesse sentido origina-se dever de proteger e resguardar esses direitos para os presentes e as gerações futuras embasadas em princípios sustentáveis de desenvolvimento, visando garantir deste princípio, os dispositivos em favor da proteção do meio ambiente estão espalhados na legislação.

2 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Segundo TORRES (2005), a tributação ambiental pode ser conceituada como sendo um instrumento tributário necessário à geração de recursos para a prestação de serviços públicos de natureza ambiental e de orientação ao comportamento dos contribuintes a essa proteção.

Toda implantação de ser trilhada por meios definidos em leis, o que pode ser realizado pelos chamados tributos verdes, sendo mais uma das formas de proteção ambiental que incentiva a realização da política nacional do meio ambiente.

O Direito Tributário veio por meio da lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu artigo 18, "caput" combinado com o inciso II do mesmo artigo combinado com o artigo 6º, "caput", c/c Parágrafo único, do artigo 6º, fornece uma base legal para que os municípios fossem estimulados economicamente pelos Estados a implantarem medidas de preservação do meio ambiente através de incentivos fiscais (ICMS Ecológico), beneficiando os pequenos municípios que possuem grandes áreas verdes que por si só não apresentariam um desenvolvimento

ambiental satisfatório nas políticas socioambientais e de sustentabilidade senão através do tributo ambiental.

Esse tributo ambiental ou verde é cobrado para fomentar políticas ambientais e auxiliar nos esforços da proteção ambiental.

A tributação ambiental destina os recursos percebidos diretamente à preservação ambiental mediante condutas que favoreçam a base de cálculo reduzida ou alíquotas, ou que coíba outras condutas que podem ser lesivas, penalizando-as mediante uma sobrecarga tributária.

Eventuais recursos arrecadados poderão ser destinados em favor do equilíbrio ambiental, como acontecem com a intervenção no domínio econômico relativos às atividades que importam ou comercializam gás natural, petróleo e seus derivados, de maneira que, parte dos recursos é destinada ao financiamento de projetos ambientais.

3 ICMS

O ICMS de acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo em consonância como designa a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, II, que diz que são: “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

O caput do artigo 155, CF/88 possibilita que Estados e Distrito Federal a competência de criarem tributos ali previstos.

Os recursos arrecadados pelo ICMS aos Estado serão utilizados em obras de saneamento básico, de interesse social como saúde, educação, segurança pública dentre outros projetos governamentais não vinculado.

Segundo a Secretaria de Estado da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo (2015, pg. 1), pagina oficial, mantem-se um Banco de dados contendo informações gerais de todos os contribuintes do ICMS, pessoa física ou jurídica, de sorte que se devem inscrever seus estabelecimentos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, antes de iniciarem as atividades.

Ainda que não inscritas, deve-se pagar o imposto quando importar mercadorias de outros países, mesmo que esporadicamente, com o intuito comercial.

Em regra, o percentual é de 18% embutido no preço, contudo, nos produtos da cesta básica, o imposto é de 7% e em produtos supérfluos o imposto é de 25% no preço dos produtos (Secretaria De Estado Da Fazenda Do Governo Do Estado De São Paulo, 2015, pg. 1).

Em cada etapa do processo da circulação de mercadorias e em toda prestação de serviço deve haver emissão da nota fiscal ou cupom fiscal, ficando esses documentos escriturados nos livros de registros fiscais, para que o imposto possa ser calculado pelo contribuinte e arrecadado pelo Estado de São Paulo (Secretaria de Estado da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo, 20015, pag. 1).

4 ICMS ecológico

Segundo o HISTÓRICO DO ICMS-E NO BRASIL (2015), o ICMS Ecológico é um benefício financeiro que incentiva positivamente os Municípios, a tomarem atitudes protetoras em relação ao meio ambiente, induzindo políticas municipais a investir em atividades de conservação ambiental priorizadas pelo Estado.

Segundo Edis Milaré (2009, p.156-158), o Poder Público possui um dever constitucional positivado em obrigações de fazer, defender, zelar e preservar o meio ambiente, não sendo uma mera faculdade e sim um dever de ação positivado e vinculado, não sendo, portanto, um poder discricionário.

A estrutura da norma legislativa não tem surtido o efeito suficiente para frear a degradação do meio ambiente, bem como a utilização da sanção premial (Direito Premial), cujo os quais, não são adotado para aqueles que colaboram com o meio ambiente, de maneira que "a maciça maioria das normas [...] é de cunho protetivo-repressivo" (FURLAN, 2008, p.14).

Este método de sanções positivas ou incentivos econômicos (Direito Premial) é bem mais interessante e eficaz do que os métodos coercitivos adotadas do modelo tradicional brasileiro, como, por exemplo, as ações punitivas pelo descumprimento de imposições legais.

O ICMS Ecológico é um mecanismo ou um método inovador no Brasil, que se refere à outra forma de repartição de recursos tributários com finalidade de promover sustentabilidade econômica, com escopo de compensar os governos municipais das perdas tributárias decorrentes de limitações administrativas (áreas e mananciais de preservação ambiental em seu território), adquirindo o caráter de premiação (Benefício Financeiro) aos que possuem qualidade na gestão de seu patrimônio natural.

Esses benefícios financeiros são repassados em formas de recursos, uma vez arrecadado pelo Estado, são direcionados aos seus Municípios, esse direcionamento dos recursos ficou conhecido como "transferências constitucionais".

Este mecanismo inovador do ICMS Ecológico, tornou-se uma ferramenta positiva, confirmado pelo aumento das áreas de preservação nos municípios.

Mas além de receber os benefícios fiscais, deve-se observa-se que o valor recebido pelos Municípios por ICMS Ecológico dependerá do seu próprio comprometimento com a preservação das suas unidades de conservação e de mananciais.

O surgimento do ICMS Ecológico partiu dos municípios que se consideravam prejudicados por terem parte ou na totalidade do seu território restrito a utilização por abrigarem mananciais de abastecimento público ou por possuírem Unidades de Conservação ambiental (Art. 132, Parágrafo único da Lei Complementar n.º 59/91).

O ICMS Ecológico, como aludido, foi adotado primeiramente pelo Estado do Paraná, servindo de base para vários outros Estados da Federação, uma vez observados resultados positivos, como o aumento de 142% do número de áreas protegidas em seu território: aumento e de melhorias na estrutura qualitativa das Unidades de Conservação, na criação de parques, áreas de preservação permanente, reservas legais e reservas privadas (LOUREIRO, 1997b).

O movimento paranaense originou-se da organização das políticas públicas dos municípios, associada com a necessidade de modernizar as políticas ambientais e as mediadas realizadas pelo Poder Legislativo.

Portanto, o incentivo chamado de ICMS Ecológico (ou Lei dos Royalties Ecológicos) foi criado em 1989 pela Constituição Estadual e regulamentado por lei complementar nº 59, de 1º de outubro de 1991, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

De acordo com a Lei Complementar nº 59/91 em seu Artigo 4º:

A repartição de cinco por cento (5%) do ICMS a que alude o artigo 2º da Lei Estadual nº 9.491, de 21 de dezembro de 1990, será feita da seguinte maneira: cinquenta por cento (50%) para municípios com mananciais de abastecimento e cinquenta por cento (50%) para municípios com unidades de conservação ambiental. No caso de municípios com sobreposição de áreas com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, será considerado o critério de maior compensação financeira.

Da arrecadação total do valor do ICMS cobrado, o Estado realiza a repartição deste recurso entre os seus Municípios, consoante o artigo 158, IV, da Constituição Federativa do Brasil (CF/88).

No entendimento de LOUREIRO (1997), a CF/88 determina o repasse aos Municípios de 25% do ICMS, sendo que 75% (3/4) da parcela destinada aos Municípios possui critério de aferição rígido, resultante da participação dos próprios Municípios na arrecadação do ICMS, e podem ser destinados 25% (1/4) de acordo com o que dispuser a lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Dessa maneira, os Estados possuem autonomia para determinar os critérios de distribuição da fração que cabe aos Municípios.

Foram aplicados os seguintes critérios aos municípios do Estado do Paraná para a repartição do ICMS:

Para produção agropecuária (8%), número de habitantes na zona rural (6%), de acordo com o número de rurais (2%), de acordo com a superfície territorial do

município (2%), para o índice igualitário ou fixo (2%) e para fins ambientais (5%) ICMS Ecológico (LOUREIRO e MARTINEZ, 2015).

Estes percentuais são passíveis de modificação e atualização, em prol das necessidades identificadas localmente.

Na atualidade, grande parte dos Estados brasileiros já adotou este tipo de repasse de recurso, levando em consideração estações ecológicas, as reservas biológicas, áreas de lazer de expressivo interesse ecológico, locais de interesse turístico, reservas das florestas nacionais, estaduais ou municipais, hortos florestais e áreas de terra indígena, como critérios para a definição do próprio repasse.

O Estado de São Paulo foi o segundo a implantar esse benefício fiscal por meio da Lei Nº 8.510, de 29 de dezembro de 1993, artigo 1º, §2.º, que menciona que a área total a ser protegida em cada município será a soma das áreas correspondentes às diferentes Unidades de Conservação da Natureza, ponderadas pelos pesos seguintes:

- I – Estação Ecológica – peso 1,0
- II – Reserva Biológica – peso 1,0
- III – Parque Estadual – peso 0,8
- IV – Zona de Vida Silvestre em Área de Proteção Ambiental (ZVS em APA) – peso 0,5
- V – Reserva Florestal – peso 0,2
- VI – Área de Proteção Ambiental (APA) – peso 0,1
- VII – Área Natural Tombada – peso 0,1
- VIII - Reservas de Desenvolvimento Sustentável - peso 0,2
- IX - Reservas Extrativistas - peso 0,2

O anexo da lei normativa do ICMS Ecológico paulista equivale a sua regulamentação, não existindo decretos ou normas da Secretaria Estadual de Meio Ambiente para formular o procedimento de cálculo a respeito dos 05% relativo ao ICMS Ecológico, mas esse anexo define os critérios para a participação dos municípios e expõe a fórmula a ser adotada, fornecendo dessa maneira as condições necessárias para a execução do mecanismo no Estado, com o consequente repasse aos municípios, o que ocorre desde 1994, HISTÓRICO DO ICMS-E NO BRASIL (2017).

Outro exemplo, o município de São Félix do Tocantins que é um dos casos de sucesso do ICMS Ecológico, que aumentou sua arrecadação de ICMS ecológico em mais de 150%, com o apoio da Secretaria do Meio Ambiente em Desenvolvimento Sustentável – SEMADES, foi instituído em 2012 e que nos dois últimos anos onde a arrecadação de 2013 girou em torno de R\$ 775 mil, sendo maior do que os R\$ 290 mil em 2012 (GONZAGA e MELCHIADES, 2014).

Contudo, infelizmente existe um caso de suspensão do benefício tributário-ambiental, onde o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba decidiu suspender os efeitos da Lei nº 9.600/2011 – Lei Estadual do ICMS Ecológico por considerá-la inconstitucional, decisão de uma medida cautelar movida pelo Governo do Estado Paraíba sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) da norma questionada com a Constituição Estadual, segundo Gilberto Carneiro, procurador-geral do Estado (PGE-PB) conforme a flagrantemente e inconstitucional Lei 9.600/2011, que fere os limites impostos pelo artigo 164, inciso IV da Constituição do Estado da Paraíba.

Foram acolhidos os argumentos do procurador-geral do Estado Gilberto Carneiro pelo então relator da ADIN, o desembargador José Di Lorenzo Serpa, que concedeu medida cautelar para suspender a eficácia da Lei 9.600/2011, em favor do Governo do Estado, até o julgamento do mérito da ação, no que foi seguido pelos demais integrantes do Pleno.

Esta Lei do ICMS Ecológico beneficia pequenos municípios que não possuem desenvolvimento econômico, mas que possuem consideráveis áreas verdes, em detrimento de áreas com maior desenvolvimento econômico, fontes geradoras destes recursos. Aliás, identificou-se ainda que muitas dessas áreas só

foram criadas no papel, porque na prática não possuem nenhuma estrutura para proteção ambiental ou fiscalização (OLIMPIO ARAUJO JUNIOR, 2015, pag.1).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o Direito Brasileiro por meio da lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), conceituou o meio ambiente no seu artigo 3º, inciso I, como um conjunto de condições, leis, que permite, abrigar e reger a vida em todas as suas formas e no artigo 2º, “Caput”, tendo como principal objetivo, preservar, melhorar e recuperar a qualidade do meio ambiente propiciando à vida e assegurando em nosso País.

Em 1988 foi instituída a Carta Magna (Brasil, 1988), em seu artigo 225, demonstra que o Meio Ambiente é formado por um conjunto de elementos ecológicos de um sistema natural, ao qual permite abrigar e regular as formas de vida existentes como um todo, aos quais dependem da sensibilização de todos nós para um bom uso dos recursos naturais e em seu artigo 170, VI, aponta que a ordem econômica tem que estar em consonância com os ditames da justiça social, assegurando a todos uma existência vital no mínimo digna, fundada na valorização humana e da defesa do meio ambiente.

Com base nesse entendimento a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 158, “caput” e inciso IV c/c com o seu parágrafo único, em consonância com o Direito Tributário lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu artigo 18, “caput” combinado com o inciso II do mesmo artigo combinado com o artigo 6º, “caput”, c/c Parágrafo único do artigo 6º, deu um embasamento para que esses municípios fossem estimulados economicamente pelos Estados a implantarem medidas de preservação do meio ambiente através de incentivos fiscais (ICMS Ecológico), beneficiando os pequenos municípios que possuem grandes áreas verdes que por si só não apresentariam um desenvolvimento ambiental satisfatório nas políticas socioambientais e de sustentabilidade.

Nota-se que parte dos Estados brasileiros como os Estados do Paraná e o de São Paulo, tem adotado o repasse dos recursos aos municípios aderentes ao projeto lei de incentivo fiscal (ICMS Ecológico), que mantém uma conservação ambiental de forma permanente e consciente, através de critérios para a definição do quantum do próprio repasse.

A exemplo de sucesso foi o município de São Félix do Tocantins que aumentou sua arrecadação de ICMS Ecológico em mais de 150%, onde a arrecadação girou em torno de R\$ 775 mil, sendo maior do que os R\$ 290 mil.

Embora o sucesso demonstrado pelo município de São Félix do Tocantins, esses recursos transferidos na forma de incentivo fiscal econômico aos municípios, é também causador de diversas contendas entre outros municípios, haja vista que a arrecadação do ICMS pelo Estado não muda, continuando o mesmo, alterando somente o método de distribuição e a forma dos repasses recursos aos municípios.

Mas de qualquer forma, o ICMS Ecológico, tornou-se um grande instrumento incentivador para criação de áreas de preservação, devido aos repasses desses recursos do governo.

Mesmo sendo demonstrados os benefícios do ICMS Ecológico, fora identificado que existem muitas áreas que foram criadas só no papel, pois, em verdade não há nenhuma estrutura para proteger ou fiscalizar essas áreas, mas existe um caso de suspensão desse benefício tributário ambiental pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba por ferir os limites impostos pelo artigo 164, inciso IV da Constituição do Estado da Paraíba.

Por fim, cabe a cada cidadão brasileiro, cobrar do poder público local, a correta utilização destes recursos e fiscalizar a devida implantação e manutenção das áreas de conservação ou proteção criadas por lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938compilada.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

FAZENDA. Secretaria da. **GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO – ICMS.** Dispõe sobre a ICMS, em sua pagina oficial informações de produtos e serviços. Disponível em:

<http://www.fazenda.sp.gov.br/oquee/oq_icms.shtm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

FURLAN, Melissa. **A função promocional do Direito no panorama das mudanças climáticas: a idéia de pagamento por serviços ambientais e o princípio do protetor-recebedor**. 2008. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select_action=&co_obra=112474>. Acesso em 03/04/2017

GONZAGA, Helton; MELCHIADES, Luiz. **Ascom/Semades em Geral - Com apoio, São Félix aumenta arrecadação de ICMS ecológico em mais de 150%**. Disponível em: <<http://casacivil.to.gov.br/noticia/2014/3/21/com-apoio-sao-felix-aumenta-arrecadacao-de-icms-ecologico-em-mais-de-150/>> Acesso em: 13 de janeiro de 2017.

Histórico do ICMS-E no Brasil. Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=82> Acesso em: 13 janeiro de 2017.

JUNIOR, Olimpio Araujo. **PRAC - Programa de Responsabilidade Ambiental Compartilhada 2001 – 2015 - O que é ICMS Ecológico?**. Disponível em <<http://www.prac.com.br/site/pt-BR/literaturas/pesquisa/o-que-e-icms-ecologico.html>>. Acesso em: 10 janeiro de 2017.

LOUREIRO, W. **ICMS Ecológico: incentivo econômico à conservação da biodiversidade (uma experiência exitosa no Brasil)**. Revista de Administração Municipal, Rio de Janeiro, v. 44, n. 221, p.49-60, abr./dez. 1997(b).

LOUREIRO, Wilson. **Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no Estado do Paraná**. Curitiba, 2002.

LOUREIRO, Wilson; MARTINEZ, Alexandre. **O ICMS Ecológico na Biodiversidade: Experiências de Brasil – Caso de Paraná**. Disponível em <<http://www.icmsecologico.org.br/site/images/artigos/a009.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário / ÉdisMilaré: prefácio Ada Pellegrini Grimover**. - 6º. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Pleno do TJ suspende efeitos da Lei do ICMS Ecológico.
Disponível em: < <http://www.paraiba.pb.gov.br/61262/pleno-do-tj-suspende-efeitos-da-lei-do-icms-ecologico.html>> Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

SALGE, Jr. Durval. **Instituto do bem ambiental no Brasil, pela Constituição Federal de 1998.** 1ª edição, Editora Juarez De Oliveira LTDA, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. **“Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”.** In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário ambiental . São Paulo: Malheiros, 2005.

NOTA:

[1]<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4472340Y3>;

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

NAIARA CRISTINA HELENA SOARES:
Acadêmica do curso de Direito da Universidade
Brasil.

RESUMO: O tema abordado busca os princípios éticos morais que prevalecem, satisfazendo o propósito da lei, e não apenas sua aplicação. O crime de estupro muitas vezes é praticado sobre o uso de drogas e com o emprego de violência. Vale ressaltar a necessidade de proteger os jovens ou não, a ênfase é dada ao indivíduo que é maior de idade e menor de 14 anos, permitindo excluir uma ação típica. Muitas vezes o indivíduo vem a sofrer o erro de tipo, ou seja, não tinha a intenção, do fácil acesso a mídia e também nas escolas relutando e ensinando sobre tais fatos. Finaliza com o real objetivo da Lei sobre a análise das ansiedades sociais.

PALAVRAS CHAVES: Direito Penal, Estupro, Vulnerável, Menor, Crime.

ABSTRACT: The subject addressed seeks the moral ethical principles that prevail, satisfying the purpose of the law, and not just its application.

The crime of rape is often practiced on the use of drugs and the use of violence. It is worth stressing the need to protect young people or not, the emphasis is given to the individual who is of legal age and under the age of fourteen, allowing to exclude a typical action. Often the individual comes to suffer the type error, that is, it did not have the intention, of the easy access to the media and also in the schools re-teaching and teaching about such facts. Finalize with the real objective of the Law on the analysis of social anxieties.

KEY WORDS: Criminal Law, Rape, Vulnerable, Minor, Crime.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. PESSOAS VULNERÁVEIS. 2. LIBERDADE SEXUAL. 3. VIOLÊNCIA SEXUAL. 4. DO USO DE ENTORPECENTES. 5. ERRO DE TIPO. 6. CONDIÇÃO SOCIAL INTERFERE? 7. DO ACESSO A MÍDIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Vulnerável é quem, de forma absoluta, não tem discernimento suficiente para consentir validamente aos atos sexuais.

Nesse foco, busca-se os crimes que envolvem aqueles indivíduos que possuem mais de doze e menos de catorze anos e também portadores de doença mental.

Mesmo que consentam ao ato sexual, esse consentimento deverá ser considerado inválido, salvo nas hipóteses em que o sujeito passivo tem pleno discernimento. Mas, nos casos onde não pode oferecer resistência ao ato sexual forçado, o estupro se tipifica com a ausência de consentimento e não apenas pela impossibilidade de resistência.

Quem acha que só acontece com meninas está enganado, o número de abusos contra meninos pode chegar a ser maior.

1. PESSOAS VULNERÁVEIS

Vulnerável significa uma pessoa **frágil, incapaz, que não podem se defender sozinhas ou que estejam desprotegidas** de algum ato. O termo aqui tratado é em face as mulheres entre 12 e 14 anos, que possuem maior **fragilidade** perante outros grupos da sociedade, muitas vezes que não conseguem se defender, como no caso do estupro. Existe uma proteção maior quando se trata de uma pessoa vulnerável. Até a sociedade, quando se depara com um indivíduo vulnerável em estado que não consegue se defender, dispõe-se a ajudá-lo, porque o instinto humano repele atos desagradáveis para o próximo, a Constituição Federal resguarda e protege.

São vulneráveis então quem ainda não completou quatorze (14) anos de idade (será cessada à zero hora do dia em que o sujeito passivo faz seu aniversário de 14 anos); quem não tem entendimento para a prática do ato sexual, em razão de doença mental; quem não pode oferecer resistência, como o uso o uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas.

2. LIBERDADE SEXUAL

É um direito natural, é decorrente de sua própria natureza. Toda pessoa tem o livre arbítrio para exercer suas vontades sexuais, sendo tal direito corroborado pela lei penal. É foro íntimo de cada indivíduo utilizar-se de seu corpo satisfazendo sua vida sexual, podendo escolher com que determinado parceiro quer praticar o ato.

Mas, se todos têm direito de consentir ou não a prática da relação sexual, a ninguém, e principalmente a lei é dado o direito de negar a sexualidade que naturalmente existe em todas as pessoas, independentemente da idade.

Esse entendimento causa grande polêmica no mundo jurídico, onde não se pode discutir se houve dolo ou não do agente para a prática delituosa. A simples prática da ação tipificada força a aplicação das penas da lei, sem sequer, apreciar se era vontade do agente praticar o estupro de vulnerável, suprimindo a vontade do agente ativo para a prática sexual. Pois se houve o consentimento da vítima, se o

casal tinha um bom relacionamento e sentiram vontade de praticar o ato, por que então seria estupro.

Existem aquelas crianças que usam seu corpo para ganhar dinheiro, muitas vezes são os próprios pais que permitem e até arrumam os parceiros ou parceiras. E também existem abusos que começam dentro da própria casa.

3. VIOLÊNCIA SEXUAL

É importante para caracterizar o crime de estupro observar o emprego de violência na conduta do agente. Somente aquele que na intenção de alcançar a sua satisfação sexual, utilizando-se da violência, ameaçando ou forçando, esta capaz de promover no íntimo da vítima o convencimento vindo a concretizar o ato, essas pessoas podem receber as penas do crime de estupro.

Referindo-se à violência física é o emprego de meios materiais onde a vítima não consegue se defender, vindo a praticar a conjunção carnal. Nestes casos, a lei afirma que as vítimas menores de 14 anos estão em situação de vulnerabilidade em relação ao agente ativo, e que, por isso tem mais atenção e amparo da lei, tendo pena mais severa para o autor, visando represar esses atos. Pela legislação penal pátria a prática da conjunção carnal ou o ato libidinoso diverso daquela, praticado com um menor de 14 anos configura crime de estupro, mesmo que o menor tenha consentido para a prática do ato sexual, pois o entende-se que tal consentimento não tem força para afastar a conduta delituosa do agente considerando a idade da suposta vítima dita vulnerável.

4. DO USO DE ENTORPECENTES

É uma triste realidade o uso de entorpecentes hoje em dia, são muitos os adolescentes que entram nessa vida tão novos. Há um aumento muito grande no uso de droga entre os adolescentes; uns por já crescerem nesse meio, outros por experimentar de amigos e assim gera um ciclo. Parece que hoje em dia está na “moda” usar drogas para ser bem visto entre os amigos e até mesmos nas festas; quem não usa é taxado de “careta”.

Devido ao efeito que a droga causa e até mesmo o tanto que estão consumindo fazem as pessoas perderem a cabeça, muitas vezes nem sabem o que estão fazendo e no outro dia não lembrarem de nada. Existem aquelas pessoas que se aproveitam desse efeito que a droga vem a causar e aproveitam para abusar, passar a mão e até mesmo concretizar o ato. Ou até mesmo ao contrario o rapaz maior de 18 anos sobre o efeito de drogas vem a ter relação sexual com uma menina de 13 anos.

5 ERRO DE TIPO

A pessoa menor de 14 anos é considerada hipossuficiente, vulnerável, frágil, incapaz de consentir para a validade da relação sexual

Hoje muitas das mulheres se desenvolvem muito rápido, não aparentando a real idade. Frequentam festa, boates, bares, para maiores de 18 anos o que vem a gerar o erro de tipo, afastando-se o dolo e conseqüentemente a tipicidade do fato se for comprovado.

Quando um rapaz chega em uma boate presume-se que lá estão mulheres maiores de 18 anos e quando começa a conversar com alguma delas, onde está não revela sua real idade, acabam se beijando e depois da festa resolvem ir embora juntos onde praticam o ato sexual, somente depois vem a descobrir que esta era menor.

Pode haver erro do agente, se caso a pessoa não tinha ciência da verdadeira idade da vítima, pois apresentava atribuições físicas que não condiziam com sua real idade. Este não tinha a intenção de praticar estupro de vulnerável, pois não tinha o conhecimento, tudo indicava que a pessoa não seria menor.

6 CONDIÇÕES SOCIAL INTERFERE?

A condição social não interfere necessariamente, muitas vezes porque as mães tinham medo de denunciar, mas foram estimuladas através de campanhas nas escolas e nos centros de convivência nas áreas com menor potencial econômico e hoje a maioria já perdeu este medo.

Existem regiões onde são mais carentes que há mais notificações porque as pessoas são expostas ao crime e notificam mais que nas outras áreas. É possível que o estupro de vulnerável ocorra com mais frequência em outras regiões, onde o abuso é mais discreto, as pessoas não ficam sabendo.

Por isso acham que somente ocorre entre as pessoas mais carentes, mais não, vem acontecendo com todos. Hoje os policiais civis passam por aulas específicas, como atendimento público e direitos humanos, para prestar o melhor atendimento às vítimas.

7 DO ACESSO A MÍDIA

Hoje há um amplo desenvolvimento tecnológico que possibilita ingresso fácil, rápido e amplo a todos os tipos de informações, inclusive ao de estupro, não somente em menores de catorze anos, mais em todas as idades. Pode-se ver em novelas, jornais, séries, filmes e outros.

A observação da sexualidade é abordada até mesmo como conteúdo curricular nas escolas, embora com a finalidade de ensinar aos jovens o conhecimento de seu próprio corpo e as transformações que ele sofre em com o

amadurecimento, pois conhecendo seu corpo e entendendo sobre alguns atos, eles entenderam quando estão sendo abusados. Essas informações e conhecimentos é fator que possibilita aos jovens, ainda que menores de catorze anos rechaçarem as propostas e agressões que nesta esfera lhes incidem, bem como construir uma consciência, autossuficiente, quanto à disponibilidade de seu próprio corpo.

Parece-nos perfeitamente cabível que um indivíduo com seus 12 anos completos ou mais tenha conhecimento do que é a conjunção carnal, do que é um ato libidinoso, que conheça seu corpo e queira relacionar-se mais intimamente com um parceiro, ainda mais que hoje os adolescentes vêm evoluindo muito rápido; muitos ao invés de estar brincando estão frequentando bares, festas e outros estabelecimentos.

Essa “moral sexual” como fruto social também mudou, hoje em dia vemos muitos comportamentos que nos revelam tal premissa, como nos vestuários, gestos, modismos, a mídia e outros.

Muitos dizem que pelo modo que as mulheres se vestem fazem os homens “perderem a cabeça”, tem que acabar com esse pensamento, pois a mulher tem direito de se vestir como se sentir confortável e que se enquadre nos lugares que ela frequenta. Não se deve sair de casa toda coberta por medo.

CONCLUSÃO

Não nos parece razoável nivelar todos os adolescentes ao patamar de vulneráveis, muito pelo contrário, tantos estão fervorosos pelo ingresso na prática sexual.

É de suma importância atentar sobre o consentimento da vítima menor de 14 anos na prática do ato sexual ou libidinoso, fato este que não poderá excluir a culpabilidade do agente, que a presunção deste crime mesmo que haja o consentimento da vítima será absoluta, e somente haverá a exclusão da culpa do agente se o mesmo for levado a erro de tipo.

Por fim é preciso ressaltar que todo o crime de estupro é considerado crime hediondo apresentando ele ou não grave ameaça ou lesão corporal.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, volume 3, parte especial, 13 ed. Editora Impetus 2016.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, volume 3, parte especial, 10 ed., Editora Saraiva.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL CAUSADO POR QUEIMADAS NA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DO LAJEADO

SAMANTA DA SILVA NEPUNUCENO: Acadêmica do Curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

Antônio Cesar Mello (orientador)[1]

RESUMO: A responsabilização estatal por danos ambientais já foi tema de grandes controvérsias, hoje é sabido que entre as diversas teorias, a responsabilidade objetiva foi acatada pela nossa legislação ambiental. Contudo, no decorrer dos anos a unidade de conservação do Parque Estadual do Lajeado, que é uma área de responsabilidade do estado, vem sofrendo com os diversos focos de queimadas que destroem a vegetação natural e também os sítios arqueológicos, que são patrimônios culturais da região. A análise de tal fenômeno e sua responsabilização é o objeto principal deste artigo, que buscou através de estudos de dados atuais, bibliografias, jurisprudências, legislação e doutrinas, identificar qual o papel estatal nesse acontecimento e como ele deve ser responsabilizado. Concluiu-se que o Estado como principal responsável pela área degradada e pelo direito inerente a todos de conviver em um ambiente saudável, possui responsabilidade solidária para com o dano, porém sua execução é subsidiária uma vez se torna devedor-reserva.

Palavras-chaves: Danos Ambientais, Queimadas; Responsabilidade Objetiva, Unidade de conservação.

ABSTRACT: State responsibility for environmental damage has already been the subject of great controversy, today it is well known that among the various theories, objective liability has been adhered to by our environmental legislation. However, over the years the conservation unit of Lajeado State Park, which is an area of responsibility of the state, has been suffering from the various fires that destroy the natural vegetation and also the archeological sites, which are cultural assets of the region . The analysis of this phenomenon and its accountability is the main object of this article, which has sought through studies of current data, bibliographies, jurisprudence, legislation and doctrines, to identify the state role in this event and how it should be held accountable. It was concluded that the State

as the main responsible for the degraded area and the inherent right of all to live in a healthy environment, has joint responsibility for the damage, but its execution is subsidiary once it becomes debtor-reserve.

Keywords: Environmental Damage, objective liability, conservation unit, burnings.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 MEIO AMBIENTE E QUEIMADAS: CAUSAS, EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS. 5 O TOCANTINS: LEGISLAÇÃO ATUAL CONTRA QUEIMADAS E O PARQUE ESTADUAL DO LAJEADO. 5.1 Unidade de Conservação: Parque Estadual do Lajeado. 5.1.1 Unidades de proteção integral. 5.1.2 Unidades de uso sustentável. 5.2 Queimadas: Legislação em foco. 6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO NOS CASOS DE DANOS ÀS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 .INTRODUÇÃO

A sociedade moderna está na busca constante pela sobrevivência. Atualmente a preservação ambiental vem ganhando importância através das crescentes descobertas tecnológicas que chamam a atenção da população quanto aos impactos ambientais decorrentes da intervenção humana, bem como o despertar da consciência ecológica na sociedade atual.

Dentro desse contexto, o Brasil aprimora seus estatutos e normas de preservação ambiental e contribui com sua presença em diversos debates ambientais de âmbito internacional. Por exemplo, quando se fala em preservação ambiental entende-se que é um dever social inerente a todos, pois a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225 declara que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á qualidade de vida, impondo-se ao poder publico e a coletividade o dever de defendê-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações.

Compreende-se que o meio ambiente é um espaço comum de direitos e responsabilidades de todos e que deve ser preservado, cabendo ao estado zelar e fiscalizar de forma efetiva. Porém, apesar da legislação brasileira ser um das mais completas do mundo, o Brasil sofre com diversos impactos causados por danos ao meio ambiente.

Diante deste fato, viu-se a necessidade de institutos que promovessem a reparação e a preservação ambiental e a responsabilização civil dos que praticam tais atos. Em que pese à responsabilidade estatal de fiscalizar tais áreas, surge o impasse de quem realmente prestaria contas quanto aos danos decorrentes de queimadas, desmatamento e afins.

Na contramão de todos os esforços para um meio ambiente mais saudável, surgem as queimadas que todos os anos degradam e destroem importantes ecossistemas, a saber, a rica diversidade de fauna e flora brasileiras que tem suas áreas significativamente diminuídas por conta da intervenção humana através desta prática corriqueira.

Dados do Programa de Monitoramento de queimadas e incêndios florestais alertaram que em 2016 o Brasil teve um aumento de 65% no número de incêndios no país, uma porcentagem alarmante que mostra a real condição dos ecossistemas do Brasil. No estado do Tocantins, por exemplo, a unidade de conservação Parque Estadual do Lajeado vem sofrendo com essas queimadas, que trazem impactos ambientais e culturais, pois destroem não só a natureza local, mas de forma gradativa também os elementos históricos presentes nos sítios arqueológicos locais, destruindo pouco a pouco esta unidade de conservação.

2 MEIO AMBIENTE E QUEIMADAS: CAUSAS, EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

Em 1972 na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada em Estocolmo foi definido que meio ambiente, é todo o conjunto de interações, físicas químicas e biológicas, capazes de gerar algum tipo de alteração, seja de curto ou longo prazo sobre os seres vivos e as atividades humanas.

A Legislação Brasileira em sua Política Nacional do Meio Ambiente presente na Lei 6.938 de 1981 no seu art. 3º apresenta o meio ambiente como sendo todo conjunto de influências, alterações, leis, e condições, sejam elas de forma química, física ou biológica que interagem, aplicam, modificam, e formam a vida em todas as suas formas.

Segundo a legislação o meio ambiente não vem a ser apenas o ambiente em si, mas também se refere ao homem e todas suas reações e interações sendo todo o conjunto que os rege. O Brasil por sua vez possui um dos meios ambientes de maior biodiversidade do planeta, onde os resultados são visto na vasta riqueza de espécies de sua fauna e flora.

O dicionário Aurélio 2017, em seu conceito de fauna a expõe como todo conjunto de animais próprios de uma região ou época geológica. Já a flora tem um significado bem semelhante, porém se limita a grupo de plantas que se manifestam e determinada região.

No sentido biológico o meio ambiente e todos os seus elementos, fauna, flora solo, água são os habitats onde os seres vivos sobrevivem, por essa razão há a necessidade de preservação desse meio ambiente uma vez que nele estão presentes todos os recursos necessário para existência de todas as espécies vivas, onde a própria proteção ambiental por sua vez, vem a ser um instinto de sobrevivência, devendo ser inerente a todos.

Segundo Lucia Gaspar (2012), queimadas é a queima da biomassa pelo fogo, de forma natural ou provocada pelo homem, que trazem uma série de efeitos negativos a sociedade e ao meio ambiente.

As queimadas são causadas principalmente por aspectos naturais, como calor excessivo, clima meteorológico propício para a sua incidência. As causas humanas advêm da produção e inserção de lixo na natureza através de garrafas de vidro, produtos inflamáveis e outros produtos descartados de forma indevida, como também pela produção direta de focos de calor, por meio de fogueiras, queima de lixo e de forma indireta por negligência.

Os efeitos das queimadas são desastrosos, representam o um forte fator na diminuição dos biomas brasileiros, agredindo de forma comprovada o solo,

poluindo o ar influenciando diretamente na saúde pública, além de colocar em risco grandes patrimônios naturais e culturais do Brasil. Como explica a engenheira ambiental e inspetora do de recursos florestais em do Naturatins (Instituto Natureza do Tocantins) em 2009, em comunicado oficial ao site do governo do Tocantins, no dia 17 de agosto de 2009, que em estudos foram comprovados que as queimadas são um das maiores causas do efeito estufa e aquecimento global.

As queimadas estão presentes na história do Brasil desde o período colonial, através da exacerbada exploração do Pau-Brasil, da expansão territorial, e do cultivo e produção da cana-de-açúcar, sendo as queimadas utilizadas para a limpeza das áreas de plantio, prática que se perpetuou em nossa cultura e sistema de plantio.

Atualmente essas queimadas não se restringem apenas na área da agricultura, sendo praticadas tanto em áreas urbanas como rurais, sendo recorrentes em quintais, terrenos baldios, lotes industriais comerciais, dentre outros. Dessa forma, essas pequenas queimadas causam diversos efeitos que podem ocasionar focos maiores de risco ou até possíveis queimadas sem controle. Segundo dados apresentados pelo INEP[2], o Brasil apresenta um número anual preocupante de focos de incêndio, sendo que em 2016 foram registrados mais de 225.000 casos de focos de incêndio no país, que mais preocupa que apesar de ser um número alto e preocupante representa valor médio em relação a anos anteriores.

É imperiosa a consideração destes dados tendo em vista que o Brasil é um dos países com maior diversidade de fauna e flora, sendo que os estados com clima seco os que mais sofrem danos decorrentes das queimadas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é abordada com grande interesse pelo Direito Ambiental, seja pela primazia da preservação ambiental, quanto pelo objetivo de reparação e coerção. Um tópico relevante considerado pelo Direito Ambiental é até que ponto o estado é responsável por danos ambientais em suas unidades de

conservação. Quanto à responsabilidade civil, ressalta ASSIS (2000, p. 33) que quem causar dano a outrem tem o dever de indenizá-lo:

A responsabilidade civil é a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade. Pode ser contratual, por fundamentar-se num contrato, ou extracontratual, por decorrer de exigência legal (responsabilidade legal) ou de ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) ou de ato lícito (responsabilidade por risco). A responsabilidade civil visa, primordialmente, à reposição da situação resultante do evento danoso ao estado em que se encontrava antes de o dano ocorrer

Dessa forma a responsabilidade civil tem como escopo a reparação daquilo que foi danificado para seu *status quo ante*, sendo também uma maneira de aplicar medidas coercitivas ao agente que provocou o ato ilícito.

A legislação brasileira elucida sobre responsabilidade civil em seus artigos 186 e 927 do Código Civil vigente;

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem

Em que pese as diversas maneiras de ocorrência da responsabilidade civil, é importante a análise das duas teorias vigentes em nosso ordenamento jurídico que podem ser observadas no artigo anteriormente citado: a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Entende-se que a responsabilidade subjetiva está

estritamente ligada à culpa, dessa maneira não se pode imputar fato negativo a alguém sem que o mesmo tenha agido de forma errada, por negligencia ou falta de cuidado. Dessa maneira o principal pressuposto para responsabilidade subjetiva é a culpa. Na responsabilidade civil objetiva é necessária a presença da culpa, do dano e do nexo causal.

Segundo esta teoria, o sujeito que sofreu o dano apenas pleitearia a reparação do dano se comprovasse a culpa do agente. SILVIO RODRIGUES (2002, pág. 11) define;

“se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa” e que de acordo com o entendimento clássico a “concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.”

No entanto, esta teoria apresenta uma lacuna, pois em alguns casos não é possível comprovar a culpa do agente. Por esse motivo, dada a necessidade de imputar a responsabilidade independente de culpa, aplica-se a responsabilidade civil objetiva. SILVIO RODRIGUES (2002, pág. 10) sobre responsabilidade objetiva explica;

“Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.”

Baseada na teoria do risco, a conduta do agente se torna irrelevante mesmo sendo culposa ou dolosa. O que importa nessa teoria é a existência de um nexo causal entre os atos do agente e o dano sofrido pela vítima.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS

AMBIENTAIS

Não há em nosso ordenamento jurídico uma definição do que é o dano ambiental. Mas é possível constatar seu conceito através da acepção daquilo que está inserido no dano ambiental. Por exemplo, de acordo com o artigo 3º, inciso II, alíneas a-e, da Lei 6.938/81, poluição é: a degradação da qualidade ambiental. Ainda, conforme Resolução nº 01/86 do CONAMA, impacto ambiental é:

(...) qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota e a qualidade dos recursos ambientais.

Através destes dispositivos pode-se então aduzir que o dano ambiental é qualquer degradação ao meio ambiente sendo culposo ou não, que fere diretamente um direito social da coletividade, pois segundo a Constituição Federal em seu artigo 225, o meio ambiente preservado e equilibrado é um bem de direito de todos, sendo o Estado assim como todos os cidadãos, responsáveis pela sua preservação.

Em outro aspecto, percebe-se que dano ambiental decorre do abuso do direito da prática de um indivíduo que, como consequência de sua conduta, fere o que é considerado o meio ambiente equilibrado. Nessa ótica, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 187, explica que abuso de direito é um ato ilícito onde o titular de um direito ao exercê-lo, ultrapassa os seus limites, ferindo o direito dos demais.

Em conexão, MACHADO (2004 p. 326-327), em sua doutrina Direito Ambiental Brasileiro elucida que:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente,

pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e do dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.

O Estado tem por objetivo a proteção e preservação dos direitos da coletividade, pois no artigo 129 da Constituição Federal, refere-se como uma das atribuições do Ministério Público, a promoção de inquéritos e ações civis públicas com o objetivo da proteção dos bens de uso comum da coletividade, sendo então dever estatal prescrito em lei.

Deste modo, o estado é o detentor de prerrogativas e deveres quanto à preservação do meio ambiente, sendo responsável tanto por atos comissivos como por atos omissivos de danos ambientais. Nesse contexto BANDEIRA DE MELLO (2007 p.979):

(...) é que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o 'serviço não funcionou. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as

galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

Quanto à responsabilização estatal por dano ambiental, já foi um tema de divergências entre os tribunais brasileiros. De acordo com o Egrégio Tribunal de Porto Alegre:

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL - SOLIDARIEDADE DOS DEMANDADOS: EMPRESA PRIVADA, ESTADO E MUNICÍPIO. CITIZEN ACTION. A ação civil pública pode ser proposta contra o responsável direto, o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente, por se tratar de responsabilidade solidária, a ensejar o litisconsórcio facultativo. Citizen action proposta na forma da lei. A omissão do Poder Público no tocante ao dever constitucional de assegurar proteção ao meio ambiente não exclui a responsabilidade dos particulares por suas condutas lesivas, bastando, para tanto, a existência do dano e nexos com a fonte poluidora ou degradadora. Ausência de medidas concretas por parte do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre tendentes, por seus agentes, a evitar a danosidade ambiental. Responsabilidades reconhecidas. Responsabilidade objetiva e responsabilidade in ommitendo. Culpa. Embargos Acolhidos. RECURSO: EMBARGOS INFRINGENTES NUMERO: 70001620772 RELATOR: CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTICA DO RS DATA DE JULGAMENTO: 01/06/2001 ORGAO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL COMARCA DE ORIGEM: PORTO

ALEGRE SECAO: CIVEL(Disponível em:
<http://www.mprs.mp.br/ambiente/jurisprudencia/id2469.html> acessado dia 26/10/2016 às 18h52).

O entendimento do Tribunal de Porto Alegre é pela responsabilização solidaria objetiva por omissão do estado por conta do dano ambiental, onde tanto o autor do dano como o Estado são considerados responsáveis pelo dano, sendo que é obrigação do Estado praticar medidas que venham a proteger o meio ambiente. Agora, tem-se o entendimento do Tribunal Regional Federal de 4ª Região que prefere trilhar o caminho da responsabilidade subjetiva no que se refere à responsabilização na omissão em danos ambientais:

“Ementa:ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINERAÇÃO. DANOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA UNIÃO. (...) A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão - "faute du service". Hipótese em que provada a ineficiência do serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor (...). (TRF4, AC 2001.04.01.016215-3, Terceira Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 20/11/2002)Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – faute du service dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. (STF; RE 369.820; Relator Ministro Carlos Velloso; Data do Julgamento: 4-11-2003; Segunda Turma; DJ de 27-2-2004)” .(disponível em: [Boletim Conteúdo Jurídico n. 803 de 27/05/2017 \(ano IX\) ISSN - 1984-0454](https://trf-</p></div><div data-bbox=)

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1144543/apelacao-civel-ac-16215, acessado dia 10/10/2016 às 01h20)

Apesar das divergências jurisprudenciais já ocorridas, o entendimento da Constituição Federal em seu artigo 225 parágrafo 3º, é que nos casos de danos ambientais se aplicara a teoria objetiva. Não restando dúvidas quanto à natureza objetiva do dano ambiental. O referido artigo declara:

§ 3º - 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.

De acordo com o artigo 14, §1º, Lei 6.938/1981, o agente poluidor, em razão do princípio poluidor-pagador é obrigado a restituir o dano que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados, independentemente da existência de culpa. Sendo hoje a jurisprudência e a doutrina pacíficas a o adotarem a responsabilidade objetiva nos casos de danos ambientais.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMADA DE CAMPO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONDENAÇÃO DO POLUIDOR AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PARA RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA ATINGIDA E OBRIGAÇÃO DE FAZER, PARA EFEITO DE RECUPERAÇÃO DO ÁREA ATINGIDA. Comprovada a ocorrência de dano ao meio ambiente provocado por queimado de campo com atividade agropastoril sem autorização do órgão competente, correta a condenação do poluidor ao pagamento de indenização para a recuperação ambiental da área atingida, uma vez que a responsabilidade civil nesse caso é objetiva. Inteligência dos artigos 225, § 1º, XIII e 3º, da CF; artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81; artigo 27 da Lei nº 4.771/65; artigo 18, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.519/92 e artigo 3º do Decreto nº 2.661/98.

Precedentes do TJRS e STJ. Apelação a que se nega seguimento.” (disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21541027/apelacao-civil-ac-70047432638-rs-tjrs/inteiro-teor-21541028?ref=juris-tabs>, acessado dia 15/04/2017 às 10h20)

O STJ já entendeu também que, de acordo com Recurso Especial n. 1071741/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamim, a administração do meio ambiente é solidaria, ilimitada e objetiva. Nos casos de omissão onde o estado tem a obrigação de fiscalizar, caso sua ineficiência cause danos, degradação ou agravamento, a execução por parte do estado será subsidiária, sendo acionado quando ocorre insolvência dos responsáveis principais, seja parcial ou integralmente.

5 O TOCANTINS: LEGISLAÇÃO ATUAL CONTRA QUEIMADAS

E O PARQUE ESTADUAL DO LAJEADO

O Tocantins é um dos estados de clima predominantemente seco, e que possui arraigado em sua cultura a prática de ater fogo em lixo doméstico, folhas secas. É notório também a ausência de interesse quanto a preservação por parte da população e práticas mais efetivas dos órgãos fiscalizadores. Todos esses fatores contribuem para que o estado esteja em situação constante de risco quanto às queimadas.

Por este motivo, o Tocantins sempre está presente no ranking brasileiro anual dos estados com maiores focos de incêndios, tanto devido ao clima seco e quente propício para novos focos, quanto pela ação humana que agrava a situação. De acordo com o INEP^[3], o Tocantins encontra-se em situação alarmante devido à quantidade anual de focos de incêndio com quase 20.000 focos anuais perdendo apenas para os anos de 2012 e 2010 onde se teve o ápice das queimadas com mais de 22.500 focos de calor ativos.

Devido ao elevado número de focos de incêndio, diversas partes do estado sofrem com os danos decorrentes, dentre estes, o Parque Estadual do Lajeado.

5.1 Unidade de Conservação: Parque Estadual do Lajeado

Em que pese a necessidade de criação de áreas de proteção ambiental para a proteção de recursos naturais e culturais, foram criadas as Unidades de Conservação que segundo o site do Ministério do Meio Ambiente (2017):

As unidades de conservação (UC) são espaços territoriais, incluindo seus recursos ambientais, com características naturais relevantes, que têm a função de assegurar a representatividade de amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais, preservando o patrimônio biológico existente.

As unidades de conservação foram criadas através da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000- que estabeleceu o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – e definiu seus critérios e diretrizes para assim dar autonomia aos governos federais, municipais e estaduais criarem suas áreas de proteção. As unidades de conservação podem ser definidas em dois grupos:

5.1.1 Unidades de proteção integral:

Nessas áreas, a proteção da natureza é o objetivo principal, tendo leis mais rigorosas, quem podem ter seus recursos usados apenas de formas indiretas tendo como exemplos turismo ecológico, pesquisas científicas. Nesse grupo de conservação se encaixam os parques ambientais, reservas biológicas, monumento natural e refúgios da vida silvestre, além de estações ecológicas. Pode também esses locais receber visitas públicas para pesquisas, atividades recreativas, turismos, etc., desde que não utilizem ou extraiam seus recursos naturais.

5.1.2 Unidades de uso sustentável:

Englobam áreas quem tem como objetivo o consumo sustentável de seus recursos naturais, onde permitem a extração e utilização de seus recursos de forma direta, desde que praticadas de forma sustentável e através de processos ecológicos. São unidades de uso sustentável, área de proteção ambiental (APA), reservas extrativistas, florestas nacionais, entre outras.

Para a proteção das unidades de conservação, foi promulgada a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que criou Sistema Nacional de Conservação da Natureza (SNUC) que estabelece os critérios para criação e administração dessas unidades. Em seu artigo 11º, parágrafos 1º e 4º, temos:

Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

§ 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus

limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 4º As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

O Parque Estadual do Lajeado se caracteriza como unidade de proteção integral, localizado no estado do Tocantins, próximo à capital, Palmas, e foi instituído como unidade conservação ambiental, com o objetivo de preservar a fauna, a flora, bem como aspectos biológicos e culturais da Serra Do Lajeado.

Garante um espaço de proteção aberto à visitação da população devidamente autorizada, e abrange uma área de 9.931 hectares, e foi criado pelo governo Estadual, através da Lei nº 1.244, em maio de 2001. O parque é responsabilidade do estado do Tocantins, por meio da Agência de Meio Ambiente do Estado, o Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS).

Apesar de ser uma área de conservação ambiental, esta faixa de terra vem sofrendo com as frequentes queimadas. Os diversos focos alarmam os defensores ambientais como a arqueóloga Júlia Berra que em entrevista ao site do Cleber Toledo em, 27 de setembro de 2015, destaca a deterioração de monumentos naturais e as artes rupestres dos sítios expostos pelo fogo, sendo que o mesmo danifica toda superfície da Serra do Lajeado. Conforme os gráficos do INEP obtidos no site UNIDADES DE CONSERVAÇÃO^[4] em um período de março de 2015 a março de 2017 o número de focos não se manteve estável, tendo maior incidência entre os meses de agosto a novembro.

Observa-se que em determinadas épocas do ano os focos de calor são mais intensos nessa região por esse motivo o estado do Tocantins já organizou comitês de combate ao fogo dentre eles o Comitê de Combate aos Incêndios Florestais, realizado no dia 4 de agosto de 2016 na sede da Defesa Civil, que teve como intuito busca de uma ação emergencial para contenção das queimadas nas proximidades do Parque Estadual do Lajeado, onde ainda foi emitida Portaria nº 162, de 24 de maio de 2016, que suspendia a vigência de Autorizações Ambientais de Queima Controlada até o período de 30 de outubro do mesmo ano.

5.2 Queimadas: Legislação em foco

O Brasil e o estado do Tocantins lutam contra os danos causados pelo fogo ao longo dos anos por aprimorar sua legislação, tanto na esfera federal quanto estadual.

Os incisos do artigo 225 da Constituição Federal definem alguns dos deveres do poder público para a efetivação do direito a um meio ambiental saudável, além de explanar que todas as condutas lesivas ao meio ambiente deverão se acompanhadas de sanções administrativas e penais devidas, e que a aplicação das anteriores não eximem o infrator do dever de reparar o dano. Em seu parágrafo 4º explana sobre floresta Amazônica e outras áreas citadas que tem seu uso bem como os de seus recursos definidos por lei e são considerados patrimônios nacionais.

Na lei 9.605/98 dispõe sobre as atividades e condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, e suas devidas sanções penais e administrativas, sendo em seu artigo 41 da mesma lei retrata que o ato de provocar incêndios em mata ou floresta, é crime ambiental sujeito a pena de reclusão de dois a quatro anos e multa, sendo revisto também a forma culposa com detenção de seis meses a um ano e multa. Importante destacar que o cumprimento da pena não exime o poluidor de restauração da área ambiental afetada.

Apesar do potencial destrutivo das queimadas, sua utilização não é em si, proibida. A lei na verdade busca estabelecer limites em seus efeitos. Como exemplo, na lei 12.651/12 que dispõe sobre a proteção da vegetação, o artigo 38 traz a proibição quanto ao uso de fogo na vegetação, porém abre exceções para utilização do mesmo em locais onde o fogo seja justificado.

Devido à periculosidade da prática, é necessária a autorização do órgão competente, para que a queimada seja realizada de forma controlada em unidades de conservação, em conformidade com o plano de manejo vigente. Estando dentro dos parâmetros definidos por lei, a queimada é considerada legal.

O artigo expõe que órgãos públicos ou privados responsáveis pela gestão de áreas com vegetação nativa ou plantio de floresta devem sempre elaborar planos de substituição do fogo no meio rural, além do controle e preservação de

queimadas e incêndios. Dessa forma se observa que ainda que exista a autorização para utilização de fogo nessas áreas, essa técnica não deve ser a única utilizada, sendo dever do responsável da área a preservação através da aplicação de métodos para esse objetivo.

O Estado do Tocantins também busca se posicionar sobre as queimadas, na lei estadual nº 261 de 20 de fevereiro 1991 sobre a Política Ambiental do Estado do Tocantins e outras providências. O artigo 12 veda o lançamento e emissão no meio ambiente, fauna, flora, água, solo e subsolo de substâncias, materiais e outros resíduos que venham a causar dano, incomodar o bem estar, afetar de forma negativa o meio ambiente tornando-o impróprio, inoportuno ou incomodo. São consideradas infrações todas as práticas contrárias à este artigo.

Um forte incentivo criado pelo estado no combate ao fogo é a Portaria nº 374 criada em 17 de julho de 2009, elaborada pelo Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS), que tem os procedimentos necessários para que pequenos proprietários rurais realizem a queima controlada, evitando assim possíveis descontroles danosos. Dentre as normas estabelecidas, é definido as épocas para queimadas em cada região, que serão acompanhadas pelo NATURATINS, Defesa Civil, Polícia Militar Ambiental, IBAMA, RURALTINS, Federação da Agricultura do Estado do Tocantins, Corpo de Bombeiros e ADAPEC (Agência de Defesa Agropecuária).

No ano de 2016 o estado do Tocantins por meio de seus órgãos colaboradores buscou intensificar seu combate às queimadas com diversas atividades fiscalizatórias e campanhas, dentre elas com campanha de conscientização com tema Consciência é a cura desse mal, além de buscarem a implementação do Protocolo do Fogo aos municípios que não estavam envolvidos.

6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO NOS CASOS DE DANOS ÀS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.

Como já visto anteriormente a preservação ambiental e repressão dos danos ambientais é um dever do Estado e toda população. Sendo garantindo também

constitucionalmente a todos o direito a um meio ambiente saudável, nesse contexto ainda se tem o artigo 129 da Constituição Federal, onde detém ao Ministério Público promoção de ações para fiscalização proteção do patrimônio público e social, além do meio ambiente e os direitos coletivos difusos de todos. Destaca-se então que o Estado tem o dever na preservação do meio ambiente sendo que o não cumprimento desse dever é considerado omissão.

Para Elcio Nacur e Kiwonghi Bizawu (2013, p.141):

[...] se uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, age ou se omite provocando danos ao meio ambiente, toda a sociedade arca com os efeitos de seu comportamento prejudicial, uma vez que como Direito Difuso que é, a degradação ambiental provoca em todos um sentimento de perda e, além dos atuais seres vivos, as futuras gerações, talvez de forma ainda mais gravosa, sentirão os efeitos do comportamento danoso.

Sobre a solidariedade, no artigo 265 do Código Civil de 2002, dispõe que a mesma ou resulta da vontade das partes ou da lei, não podendo ser presumida.

O art.3º, da Lei federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que é a Lei dos Crimes Ambientais, reza que pessoas jurídicas são responsáveis pelos eventuais atos que causam ao meio ambiente, porém deve-se elucidar que a responsabilização das pessoas jurídicas não exclui a das físicas que participaram do fato. Dessa maneira, se observa em lei a aplicação da responsabilidade solidária no que tange os crimes ambientais.

Sendo os danos ambientais tutelados pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938/1981, que define como poluidor o ente privado ou público, que contribuiu para degradação seja de forma direta ou indiretamente. Em seu artigo 12, expõe que as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, serão condicionados pelos critérios estabelecidos pela CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente). Dessa forma, ainda que indiretamente, o estado é o responsável pelos efeitos que esses atos causam, sendo indispensável à responsabilização do mesmo.

Maria Helena Diniz (2002, p. 241) explica:

(...) negar indenização pelo estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito'. 'com isso, a responsabilidade civil do estado passa para o campo do direito público, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, pois entre todos devem ser distribuídos eqüitativamente os ônus e encargos.

A jurisprudência do STJ- REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em Segunda Turma – Info nº 388 – março/2009 fala um pouco sobre o entendimento da responsabilidade solidaria nos casos de danos ambientais:

A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção, por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo da falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano, até porque o poder de polícia ambiental não se exaure com o embargo à obra, como ocorreu no caso. Há que ponderar, entretanto, que essa cláusula de solidariedade não pode implicar benefício para o particular que causou a degradação ambiental com sua ação, em detrimento do erário. Assim, sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado – que não provocou diretamente o dano nem obteve proveito com sua omissão – buscar o ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade. Com esses fundamentos, deu-se provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 973.577-SP, DJ 19/12/2008; REsp 604.725-PR, DJ

22/8/2005; AgRg no Ag 822.764-MG, DJ 2/8/2007, e REsp 647.493-SC, DJ 22/10/2007. REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009.

Segue o mesmo princípio jurisprudência do STJ- Recurso Especial nº 604725/PR, interposto pelo Estado do Paraná, no qual se entendeu que o estado com seu dever fiscalizador deveriam ter feitos os estudos necessários dos impactos, devendo assim responder de forma objetiva e solidaria em relação ao dano.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das

cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido (STJ - REsp: 604725 PR 2003/0195400-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 21/06/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.08.2005p.202). (disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/71856/recurso-especial-resp-604725-pr-2003-0195400-5> acessado dia 10/04/2017 as 17:30h)

Entende-se então que o estado como responsável solidário tem sua execução subsidiária o que quer dizer que o mesmo passa a ocupar lugar do devedor-reserva, sendo que quando degradador principal não fizer adimplemento da dívida o estado é convocado para assim fazê-lo, estando assegurado o seu direito de regresso contra o degradador.

No caso das queimadas, o estado entra como principal ente responsável na sua autorização das queimadas legais e agente fiscalizador para não ocorrência desses atos, sendo que, quando ocorrem dentro dos limites das unidades de conservação, gera uma dupla responsabilidade em

vista que o órgão estatal é responsável pela fiscalização e manutenção das unidades.

CONCLUSÃO

Mesmo possuindo uma legislação ambiental rica e bem desenvolvida o Brasil está em crescente desenvolvimento na área ambiental, dando um alento a todos na busca de assegurar um meio ambiente saudável e próspero para demais gerações. Devido ao grande número de queimadas que ocorrem anualmente na unidade de conservação do Parque Estadual do Lajeado, não há como eximir o estado da sua responsabilização, tanto por ser órgão responsável pela manutenção da unidade, quanto pelo seu papel de tutelador do direito a um ambiente saudável.

Após a análise do tema, também se conclui que é inviável administrativamente e economicamente além de injusto que o estado seja o principal responsabilizado no caso da ocorrência das queimadas, haja vista que é imperioso o acionamento daqueles que por ação ou omissão deram margem à queima descontrolada.

Tendo o estado apenas o dever de arcar com a responsabilidade dentro dos limites das suas ações e omissões de forma objetiva, uma vez que a ocorrência do dano já gera a responsabilidade solidária por todos os responsáveis responderem pela totalidade do dano causado ao meio ambiente e subsidiária uma vez que o mesmo é devedor-reserva.

Observa-se também que não se deve confundir a responsabilização do Estado nos casos de queimadas, com a remissão do dever do degradador de arca com sua responsabilidade seja ela feita diretamente feita ao ambiente degradado, ou ao órgão estatal que a reparação assim o fez.

Vale destacar que a responsabilização é uma forte arma nessa guerra contra o fogo, sendo um meio de coerção a essas práticas danosas, porém deve-se ocorrer também meios de prevenção as esses atos, necessitando-se primariamente de políticas ativas mais efetivas na busca de uma conscientização social sobre os terríveis efeitos das queimadas, através da reeducação ambiental, frisando principalmente os moradores e frequentadores da unidade e arredores,

além de uma fiscalização eficaz facilitando-se assim também o papel judicial em uma futura responsabilização. Sendo a educação e fiscalização ativa por parte do estado a arma fundamental para a preservação do ecossistema tocantinense.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Fátima Rangel dos Santos de. **Responsabilidade Civil no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, **1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 02 fev 2017.

_____. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Projeto Corredores Ecológicos**: Conceito. 2017. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/programas-e-projetos/projeto-corredores-ecologicos/conceitos>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil)**. In: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Volume IV**, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002

_____. Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.. **Crimes Ambientais**. Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 1º volume. Ed. Saraiva. São Paulo. 2002. 19ª ed. P.241.

GASPAR, Lúcia. *Queimadas no Brasil. Pesquisa Escolar Online*, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Disponível em: <<http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>>. Acesso em: 29 jan 2017.

MELO, Celso Antonio de Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 326/327

REZENDE. Élcio Nacur. BIZAWU, Kiwonghi. **Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil e em Angola: um estudo panorâmico comparado da Teoria do Risco Criado versus A Teoria do Risco Integral nos ordenamentos positivados do Brasil e Angola**. In: **Norma Suelli Padilha (Org.)**; Livia Gaigher Bosio Campello; Vladimir de Passos Freitas. **Direito Ambiental I (CONPEDI XXII)**. 1ed. São Paulo: UNINOVE, 2013, v. 1, p. 141.

TOLEDO, Cleber. "Queimadas na Serra do Lajeado colocam em risco patrimônio arqueológico no Tocantins." *Cleber Toledo* [Palmas, TO] 27 Setembro 2015. <<http://www.clebertoledo.com.br/n72576>> Acesso em: 20 nov. 2016

ROCHA, Marco Aurélio de Oliveira. **Danos ambientais: responsabilidade civil do estado por omissão**. 2015. Disponível em: <<http://www.correiodoestado.com.br/opiniao/danos-ambientais-responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao/249137/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

TOCANTINS. Portaria nº 374, de 17 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**. 2935. ed. Tocantins, TO, 17 jul. 2009. Disponível em: <<https://diariooficial.to.gov.br/busca/?por=texto&texto=portaria+374&data-inicial=2000-01-01&data-final=2009-07-17>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

FLORA, **Dicionário Aurélio eletrônico**. 2017. <<https://dicionariodoaurelio.com/fauna>>. Acesso em: 02 mar. 2017

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo 388 do STJ - 2009. Clubjus, Brasília-DF: 03 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=238.23173>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor pela PUC Minas, Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas, Email: antoniocesarmello@hotmail.com

[2] Disponível em:
https://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/estatistica_paises.

[3] Disponível em:
https://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/estatistica_paises.

[4] Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/uc/3951>

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

PAOLA IJANCI RIBEIRO: Bacharelanda do Curso de Direito. Universidade Brasil-Campus Fernandópolis/SP.

Prof(a). **Thalita Toffoli Paez** (orientadora)

RESUMO: O objetivo deste artigo é defender a adoção por casais homossexuais, com o propósito de possibilitar a realização do sonho de constituir uma família, como se filhos consanguíneos fossem. Sob este aspecto analisar a importância do melhor interesse da criança em ser adotada por homossexuais, do que permanecerem desabrigadas em orfanatos. Assim, demonstraremos a importância do assunto, visando que, de algum modo, este artigo possa contribuir para que se tenha uma visão mais ampla, visando solucionar o preconceito sobre o assunto. A adoção por homossexuais vem sendo um grande debate nos últimos tempos, em que o preconceito está dominado pela maioria da população, deixando a adoção de difícil aceitação social, dificultando assim, que crianças que vivem em orfanatos constituam uma família, e homossexuais que desejam ter seus filhos, se sentem pressionados pela ditadura do preconceito, a qual dita que um casal homossexual não é capacitado para ter e criar filhos como um casal tradicional. Este artigo pretende demonstrar a importância da adoção por homossexuais, assim como o direito da criança de ter uma família, através dos princípios da igualdade e da liberdade, baseando-se em pesquisas bibliográficas e históricas, que demonstram que a opção sexual não interfere na criação e nem na educação de seus filhos.

Palavras-chave: Adoção; Família, Homossexualidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to defend the adoption by homosexual couples, with the purpose of enabling the realization of the dream of constituting a family, as if consanguineous children. In this regard, examine the importance of the best interest of the child in being adopted by homosexuals, than to remain homeless in orphanages. Thus, we will demonstrate the importance of the subject, aiming that, in some way, this article can contribute to have a broader

view, aiming to solve the prejudice on the subject. Adoption by homosexuals has been a major debate in recent times, where prejudice is dominated by the majority of the population, leaving adoption difficult to accept socially, making it difficult for children living in orphanages to constitute a family, and homosexuals who wish to have Their children, feel pressured by the dictatorship of prejudice, which dictates that a homosexual couple is not qualified to have and raise children as a traditional couple. This article intends to demonstrate the importance of adoption by homosexuals, as well as the right of the child to have a family, through the principles of equality and freedom, based on bibliographical and historical research, which demonstrate that sexual choice does not interfere in the creation Nor in the education of their children.

Keywords: Adoption; Family; Homosexuality.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 ADOÇÃO. 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 3.1 Princípio da Igualdade. 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa. 4 A SEXUALIDADE COMO DIREITO. 5 HOMOSSEXUALIDADE. 6 ADOÇÃO HOMOAFETIVA. 6.1 Preconceito. 6.2 Adoção Homoafetiva e Casos Concretos. 6.3 O Incentivo a Adoção Tardia. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O instituto da adoção, de acordo com a legislação atual, é a inserção da criança ou adolescente em uma família substituta, quando da impossibilidade de manutenção destes na família biológica. De certo, a colocação em uma família adotiva visa à garantia dos direitos fundamentais, dentre estes o direito à convivência familiar; com base, sempre, na prioridade absoluta e no melhor interesse da criança e do adolescente. Hoje, diante do conceito da família, temos o indivíduo e a sua realização pessoal como o elemento fundamental das entidades familiares.

Com a evolução das relações humanas, a união de pessoas do mesmo sexo, embora despida de previsão legal, se tornou uma realidade na sociedade moderna. Os princípios da liberdade e igualdade, atrelados à vedação à discriminação, todos constitucionalmente previstos, servem como fundamento na defesa dos direitos homossexuais. Desta forma, a jurisprudência brasileira vem se conformando à realidade e tutelando essas relações, antes vistas como sociedade de fato, hoje equiparadas à união

estável, da qual se aplicam as regras por analogia. Neste contexto, o presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de adoção de menores por pares homossexuais, ponderando e analisando a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no ordenamento do país.

1. ADOÇÃO

A adoção é o instituto no qual um indivíduo (adotante) assume uma responsabilidade e um vínculo socioafetivo condescendo direitos ao outro indivíduo (adotando) como se seu filho consanguíneo fosse.

Este instituto amparava três espécies antes do Código Civil de 2002: simulada, civil, estatutária. A simulada era aquela em que casais registravam filho alheio como legítimo apenas com o intuito de garantir melhores condições para a criança, não com a intenção de tomar a criança dos pais biológicos. A adoção civil, mesmo que regulada pelo antigo código possuía restrições, nas quais o adotante somente detinha elo com o adotado a respeito do poder familiar, continuando o adotado ligado aos parentes biológicos. Destinava-se a adoção estatutária aos menores de dezoito, pois seus elos eram totalmente extintos com a família biológica, mantinham apenas a ligação quanto aos impedimentos para o casamento.

Os novos métodos de adoção trouxeram inovações que acrescentaram requisitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, como por exemplo, a exigência de procedimento judicial tanto para crianças e adolescentes quanto para maiores de dezoito anos disposto no artigo 47 que, “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

A adoção é um processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher, casal (adotantes). Ela está regida, no direito positivo brasileiro, pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), quando o adotado tem até 12 anos de idade incompletos (criança) ou entre 12 e 18 anos de idade (adolescente) (CC, art. 1.618). Sendo maior de 18 anos o adotado, a adoção dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA (CC, art. 1.619). (COELHO, Fábio Ulhoa [1], p. 364, 5ª ed.).

A lei que estabelece as mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente é a Lei Nacional da Adoção. Embora seu rol seja restrito, ela disponibiliza um prazo mais rápido para facilitar a adoção, além de criar um cadastro que viabiliza crianças e adolescentes a espera de adotantes habilitados e limita a permanência dos possíveis adotandos em dois anos nos orfanatos. Firma ainda, dentre seis meses uma reavaliação da criança ou do adolescente incluído em programa de acolhimento familiar e institucional.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está disposto no artigo 5º, da Constituição Federal e prevê que, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito...”. Este princípio não se limita ao conteúdo da lei, podendo ser adaptado pela isonomia de maneira que os desiguais recebam tratamento distinto na medida de sua desigualdade e assim se tornem iguais aos demais.

Este princípio proíbe qualquer tipo de discriminação e desigualdade em razão do sexo, portanto assegura o direito de ser diferente de forma que o artigo 5º não pode ser aplicado em discordância com a isonomia, pois em conjunto, a igualdade e a isonomia são direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio [2], p. 7, 3ª ed.)

2.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia inerente aos direitos e deveres fundamentais de cada indivíduo e se entende por toda coletividade.

Trata-se de princípio que tem como essência a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, não devendo ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em virtude dos caracteres que lhe concedem individualmente e estampam sua dinâmica pessoal. (CHAVES, Marianna apud DIAS, Maria Berenice [3], p. 125, 6ª ed.).

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois diz respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender do fato de estar ou não prevista, de modo expresse, na Constituição. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições (DIAS, Maria Benenice [3], p. 125, 6ª ed.)

Esse princípio tem sido aplicado na proteção dos direitos dos homossexuais como um todo, pois garante que os traços individuais da personalidade não sejam violados e nos direciona a viver com dignidade e respeito na forma como cada pessoa deve ser vista perante o convívio social. Assegura que os homossexuais exerçam livremente seus direitos garantidos por lei, sem restrição ou discriminação de qualquer ação que os desrespeite.

3. A SEXUALIDADE COMO DIREITO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura que o livre arbítrio para se exercer sua sexualidade é um direito tão fundamental quanto à vida que acompanha o indivíduo desde seu nascimento, pois advém de sua própria característica.

Como direito do ser humano, é um direito natural, inalienável e imprescritível. O exercício da sexualidade é uma realização pessoal para o indivíduo por se tratar de algo que consagra a liberdade sexual e a livre orientação sexual. A sexualidade faz parte da privacidade, devendo ser

respeitada, pois as normas constitucionais vedam a discriminação da conduta afetiva.

4. HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é a característica de quem sente atração física, emocional e espiritual por outras pessoas do mesmo sexo. Em 1868, o jornalista austro-húngaro chamado Karl-Maria Kertbeny criou o termo homossexual para distinguir quem se sentia atraído sexualmente por indivíduos do mesmo sexo.

Erroneamente psiquiatras alegavam que a homossexualidade era uma doença mental causada por processos fisiológicos que desviavam o indivíduo da orientação sexual acreditando que esses desvios eram decorrentes pela má formação de sua identificação sexual. Não havia provas que confirmassem que a homossexualidade fosse um distúrbio psicológico, dessa maneira, em 1993 a retiraram da listas de doenças mentais e declararam que era um desenvolvimento sexual natural da pessoa.

“Homossexual é a junção de duas palavras: homo, que significa “igual a”, e a palavra sexual, proveniente do latim *sexuale*, que significa algo que “pertence ou relativo ao sexo”. Assim, homossexual é o termo utilizado para pessoas que praticam relações sexuais e mantém outras relações afetivas com pessoas do mesmo sexo.” (GRANATO, Eunice Ferreira R [4]., p. 142, 1ª ed.)

5. ADOÇÃO HOMOAFETIVA

As relações entre pessoas do mesmo sexo geram justiça e lhes é garantida pelo princípio da igualdade consagrado no artigo 5º da Constituição Federal. Em decorrência dos novos conceitos de família, a cada passo os casais homossexuais conquistam benefícios patrimoniais, previdenciários, entre outros.

O casamento e a união estável homoafetiva já são reconhecidos legalmente. A nova pretensão desses casais requerida nos tribunais é a adoção, para que se complete o ciclo e constituam uma família. O artigo 1.724 do Código Civil [5] estabelece que os seguintes deveres da união estável de casais heterossexuais servem também para a união homoafetiva: lealdade respeito,

assistência, guarda, sustento e educação dos filhos e ainda completa “(...)não há qualquer vedação para a adoção homoafetiva.”.

Embora não haja proibição quanto à adoção homoafetiva o Superior Tribunal de Justiça se posicionou ao lado dos homossexuais quanto a essa possibilidade em 2010, com base no princípio do melhor ou maior interesse da criança e deferiu o seguinte informativo:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. REsp 889.852-RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010. (STJ [6] - RECURSO ESPECIAL :REsp 889852 RS 2006/0209137-4. Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO – Órgão Julgador:4.ª Turma – Publicação: 10/08/2010. Informativo n. 432.).

O órgão não só julgou possível a adoção homoafetiva como também destacou que estudos científicos comprovam que não há prejuízos sociopsíquicos aos adotandos. Ademais, deu ênfase que na análise da adoção é necessário observar vínculo afetivo entre os adotantes e os adotandos, não a relação entre os primeiro unicamente. A decisão representa uma vitória de tutela efetiva a cidadania dos homossexuais.

5.1. PRECONCEITO

Nossa sociedade continua sendo muito conservadora com relação aos seus princípios e valores. Sobre sua ótica, a adoção por homossexuais é mal vista e compreendida por mais que os estudos comprovem que as crianças ou adolescentes criados por casais homoafetivos não possuem tendências a desenvolverem características que propiciem a serem atraídas por pessoas do mesmo sexo.

Enquanto houver segmentos que sejam alvos de exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como pecado, crime e castigo não se estará vivendo em um Estado democrático de direito. (DIAS, Maria Berenice [7], 2010, p. 359).

Comportamentos que acarretam atitudes preconceituosas e homofóbicas nunca serão passíveis de compreensão e fogem do entendimento humano.

5.2. ADOÇÃO HOMOAFETIVA E CASOS CONCRETOS

O juízo *a quo* do município de Catanduva no interior do estado de São Paulo, foi a primeira comarca do país a autorizar judicialmente no final de 2005 a adoção de casais homoafetivos e como fundamento a decisão se apoiou na área psicossocial.

5.3. O INCENTIVO A ADOÇÃO TARDIA

A adoção tardia ocorre quando crianças maiores de três anos são adotadas. O baixo índice de procura por essas crianças e adolescentes aumenta a cada dia, pelo simples fato de acreditarem que crianças mais velhas possam ter uma bagagem psicológica pré existente. Há anos existem casais que buscam adotar uma criança, mas não o fazem, pois buscam adotar recém nascidos acreditando ser mais simples conduzir a educação de um indivíduo que ainda não tem uma carga psicológica ou sociológica em formação.

No Brasil as campanhas de adoção tardia são quase inexistentes, quando são presentes e divulgadas para a população não é o Estado que as promove, entretanto mesmo que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana garanta a vida digna e próspera para essas crianças, elas continuam sem amparo e a mercê de abrigos e orfanatos.

Recentemente o Poder Judiciário gaúcho lançou uma campanha de adoção tardia na tentativa de proporcionar melhores condições de vida para as

600 crianças que estão sem lares e famílias no Rio Grande do Sul. A campanha é liderada pela Coordenadoria da Infância e Juventude do estado e tem apoio da juíza Andrea Rezende Russo que menciona: "Nós acreditamos que nessa adoção tardia, de difícil colocação, a pessoa tem que se abrir para ser surpreendida por esse amor".

Casais que possuem atração pelo sexo oposto e buscam uma criança para adoção tendem a exigir que o adotando seja branco e na maioria das vezes que seja recém nascido ou que a criança seja menor que três anos. Por outro lado casais homoafetivos procuram crianças maiores de três anos ou adolescentes por acreditarem que a associação dos adotandos de terem dois pais ou duas mães seja mais compreensível.

O primeiro casal homoafetivo do país que foram aprovados no processo de adoção também lançou uma campanha nas redes sociais chamada de "Adoção Tardia, compartilhem esta ideia. Ou vai ficar esperando a cegonha?". O nome da campanha é explicativo, porém o objetivo é incentivar a ideia, e conseqüentemente aplicar medidas de proteção as crianças ou adolescentes toda vez que seus direitos reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente forem ameaçados ou violados como dispõe o artigo 98 desta lei "...sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;".

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foram abordados e explanados vários assuntos acerca do tema em discussão. O destaque corresponde ao significado da palavra adoção, de forma sintética, engloba as pessoas (crianças, adolescentes e adultos) que não tiverem a chance de pertencer a uma família e através deste instituto podem ser integradas no âmbito familiar por meio do interesse de um casal homoafetivo em adotá-los.

Continuando, foram feitos vários apontamentos, os quais voltados a uma melhor interpretação dos novos conceitos de família, o qual levanta questionamentos entre a relação familiar entre um casal homoafetivo e o adotando em geral, acerca dos efeitos para a sociedade e benefícios proporcionados a este último.

A realidade que a maioria não quer enxergar por mero preconceito, é que a adoção por casais do mesmo sexo não influencia para que a orientação do adotado venha a ser a mesma dos adotantes. Muito pelo contrário, crescer, ser educado e conviver com um casal homoafetivo propicia que o adotando saiba ponderar suas atitudes respeitando toda e qualquer minoria, inclusive possibilita uma satisfação pessoal como ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. Malheiros: São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRANATO, Eunice Ferreira R. **Adoção: doutrina e prática**. 1ª. Edição. Curitiba: Juruá, 2004.

CÓDIGO CIVIL. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 06 nov. 2016.

Recurso Especial. Direito Civil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200602091374>. Acesso em 06 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4° ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

A SAÚDE E O ABANDONO DAS MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

ANA CLAUDIA FERNANDES: Bacharelanda do Curso de Direito. UNIVERSIDADE BRASIL, Campus Fernandópolis-SP.

EDA LECI HONORATO(orientadora)

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é identificar e expor os problemas referentes ao tratamento destinado à mulher no sistema carcerário brasileiro. Sabendo-se que a população prisional feminina quantitativamente é inferior à masculina, a problemática deste trabalho é destinado ao tratamento dessas detentas, as quais tem aspectos próprios, difíceis e gravosos. Grande parte dos complexos prisionais limita o direito de ir e vir dessas mulheres, demonstrando o descaso do poder público, omitindo e desrespeitando os demais direitos. Atenta-se que nesses complexos, com a ausência de políticas públicas específicas, presencia-se a violação dos direitos das mulheres pelo Estado, não garantindo os direitos essenciais à saúde, à vida, e, principalmente a reintegração social, por meio da educação, trabalho e atenção à manutenção da unidade familiar. Saliencia-se que a Lei de Execução Penal (lei nº 7.210 de 1984) apresenta um conteúdo de declarações responsáveis pelo grande e extenso rol de direitos que deveriam ser garantidos a todas presidiárias. Ressalta-se por fim a defesa da ideia de ressocialização, um dos preceitos de Direito Penal, tendo como propósito essencial a redução da reincidência no mundo do crime.

Palavras chaves: sistema carcerário; detentas; direitos; ressocialização;

ABSTRACT: The purpose of this monograph is to identify and show the problems regarding the treatment for women in the Brazilian prison system. Knowing that the female prison population is quantitatively lower than the male population, the problematic of this work is destined to the treatment of these inmates, which have their own aspects; most of the time are difficult and burdensome. Most part of the prison complexes is limited to the right of women “to come and go” demonstrating the neglect of public power, omitting and disrespecting other rights. It should be noted that in these complexes, with the absence of specific public policies, there is a violation of the rights of women by the State, not guaranteeing the essential rights to health, life, and especially to social

reintegration, through education, work and attention to the maintenance of the unit family. It should be noted that the Criminal Enforcement Law (Law No. 7,210 of 1984). Content of statements responsible for the large and extensive roll of rights that should be guaranteed to all inmates. Finally, the defense emphasize the idea of “resocialization”, one of the precepts of criminal Law, to reduce recidivism in the world of crime.”

Keywords: prison system; you hold; rights; resocialization;

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. AS MULHERES NO CARCERE. 1.1 O Perfil da Mulher Encarcerada. 2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 2.1 Acesso aos Produtos de Higiene Pessoal. 2.2 Saúde Feminina: O Acesso. 3. O DESCASO FAMILIAR. 4. RESSOCIALIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito relatar o drama e o descaso destinado às mulheres no Sistema Carcerário Brasileiro. A preferência por esse tema se deu pela análise em razão do ambiente de descaso, perplexidade e violência dos presídios femininos brasileiros, as mulheres que cometem atos criminais são bem menores que os homens, porém nos últimos anos isso vem aumentando e as notícias vinculadas do Sistema Prisional são voltados apenas às rebeliões, arbitrariedades e abusos.

Logo em seguida, expor as condições do ambiente prisional, às necessidades básicas que lhe são negligenciadas, como produtos de higiene pessoal dentre eles absorventes, que ocasionam riscos à saúde da mulher.

Por fim, será relatado o perfil da mulher presa, as relações de gêneros, além dos trabalhos e meios utilizados para o processo de ressocialização, sendo um dos pontos mais importantes para a volta dessas mulheres à sociedade. Com toda perspectiva, o trabalho se desenvolve com o objetivo de debater e analisar as situações que essas mulheres vivem durante o período que permanecem dentro das unidades prisionais femininas.

1. A MULHER NO CÁRCERE

1.1 O Perfil da Mulher Encarcerada

As mulheres sempre foram consideradas donas de casa, chefes de família que administram e cuidam da casa, enquanto os homens trabalhavam fora para garantir o sustento da família. Com o passar dos anos essa ideia mudou, as mulheres conseguiram mostrar suas capacidades e habilidades em várias profissões e áreas, mas, quando cometem ações delituosas passam a enfrentar a exclusão da sociedade.

Muitas são mães solteiras, separadas ou divorciadas, bem diferente dos homens encarcerados que, na boa parte dos casos, são casados ou possuem algum relacionamento com companheiras que lhes aguardam fora da prisão, além do que a grande maioria das mulheres é primária, enquanto os homens, em grande parte, são reincidentes. Quando não, elas crescem acompanhando, mesmo que de longe, seus pais, irmãos ou qualquer outro membro da família ou amigos, no envolvimento com a prática de ilícitos. Boa parte é de afrodescendentes, analfabetas ou não possuem o Ensino Fundamental completo, são pobres e abandonadas depois da prisão, pois, na maioria dos casos, a pobreza ainda é um dos fatores decisivos para a entrada no tráfico de drogas.

A estudiosa Rosemary Almeida elencou três categorias dessas mulheres de acordo com o perfil delas e seu envolvimento com a vítima:

A primeira é a categoria de crimes contra companheiros, geralmente praticados por mulheres domésticas que mataram seus companheiros, e, como foi mencionado, é o tipo de homicídio mais considerado pelos operadores do Direito, como tipicamente praticado pela mulher – representada, aqui, por três casos. A segunda é a categoria de crimes contra inimigos, que inclui mulheres que mataram, desafetos e inimigos, por causa de brigas, rixas, vinganças, defesa da vida, enfim, pela generalização da violência em seu cotidiano. Cinco mulheres representam essa categoria. Nesta, destaco

histórias de mulheres domésticas, mulheres trabalhadoras e mulheres sem profissão definida, mais acostumada à rua do que a casa, pela polícia representada como vagabundas, dadas ao álcool e outras drogas, e por atuarem em quadrilhas que fomentam furtos, roubos e tráfico de drogas, além de latrocínios. E por último, a categoria de crimes contra crianças, também muito representados pelos operadores do Direito como crimes tipicamente femininos sendo configurada aqui por dois casos.

O cárcere se torna mais cruel, desgastante e grave, pois as mulheres encarceradas na maioria são mães e algumas possuem seus companheiros presos ou com algum envolvimento com o tráfico de drogas, e possuem como sustento essa atividade ilícita. Muitas são mães de 1 a 3 filhos, sendo eles menores de idade e, inclusive, bebês de colo. Os pais, em vários casos, não reconhecem a paternidade ou estão encarcerados, deixando a guarda dos pequenos para os parentes mais próximos da presa.

Existem ainda, aquelas que possuem uma vida financeira estruturada, nascem em famílias de classes médias e altas, cometem suas condutas delituosas e também sofrem com a vida dentro do cárcere, enquanto outras nascem e crescem na favela, conhecem e sabem como é esse meio, mas optam por não segui-lo, porém ao presenciar seus filhos precisando se alimentar, acabam deixando a honestidade de lado e saem decididas a procurar o chefe do tráfico e trabalhar para ele através dos meios considerados errados para a sociedade, buscando o sustento da sua casa e de seus filhos. Independentemente da classe social, as dificuldades encontradas dentro do cárcere envolve cada uma delas. É frequente a violação dos seus direitos e garantias que são desrespeitadas dentro de qualquer ambiente prisional feminino.

A introdução da mulher no mundo do crime é como se fosse uma forma que elas encontraram de tentarem exteriorizar algum tipo de sentimento, seja de culpa por não poder oferecer determinada condição de vida a seus familiares, de raiva, defesa, ameaça ou ciúmes dos

companheiros, ou até mesmo de sofrimento vivido perante as condições degradantes de vida, por grande parte possuir uma baixa condição financeira. Rosemary Almeida destaca:

São essas mulheres, trabalhadoras de lares ou não, que ousaram quebrar a ordem da lei, livrando-se do que ou de quem estivesse à frente de seus interesses; ousaram, mesmo através de atitudes violentas, se posicionar e se afirmar diante de situações que as oprimiam ou feriam seus mais íntimos ou fortuitos desejos. Enfim, o assassinato irrompe como um acontecimento imprevisível na mulher, como a fala castrada que desabrocha para dizer o que não pode ser dito, como uma ação sem palavras carregada da fala invisível de quem permaneceu por muito tempo “escondida” no mundo doméstico e quis se expressar no espaço público.

A mulher, a partir do momento em que é inserida dentro do cárcere é vista com outros olhos pela sociedade, desfazendo-se toda aquela imagem estabelecida por meio da condição de gênero e associada à maternidade e fragilidade depositadas na mulher dentro do espaço doméstico, compostura e delicadeza e passividade diante de seus companheiros.

É, portanto, a forma como a sociedade enxerga e visualiza as diferenças entre os sexos feminino e masculino no mundo do crime que agrava esse tratamento da mulher no cárcere e isso é piorado pela grande omissão dos poderes públicos, sendo notória a ausência de políticas públicas no tratamento específico que deveria ser destinado à mulher considerando tais peculiaridades, já que a mulher não é só punida pela sua conduta ilícita, mas também pela desobediência a um comportamento de gênero que lhe imposto é e esperado pelo meio em que vive, sendo tratada visivelmente de forma diferenciada socialmente.

É explícita a problemática na relação de gênero relacionado às mulheres encarceradas no Brasil, sendo perceptível a desvalorização da mulher ocorrida dentro do cárcere. Mulheres grávidas, por exemplo,

quando estão internas, passam por situações totalmente desumanas, degradantes e constrangedoras. Algumas grávidas detentas já sofreram agressões de policiais, por exemplo, outras são algemadas em trabalho de parto e, muitas vezes, sua criança acaba nascendo dentro do presídio, pois as viaturas não chegam a tempo, já que policiais demoram a acionar os serviços médicos por não acreditarem nas presas, ou mesmo por maldade. Por outro lado, as características do gênero possuem seus lados e pontos positivos, pois diferentemente do cárcere privado masculino onde os internos se tratam com disputas e inimizade, a sistema prisional feminino apresenta uma vivência mais amigável, pois em algumas delas o espírito maternal ainda prevalece dentro do cárcere, com um acolhimento de respeito e cuidado perante as internas.

O gênero feminino é mais afetado na questão de privação de liberdade, pois conseqüentemente seus vínculos afetivos não serão mais os mesmos, pois a mulher apresenta maior sensibilidade e fragilidade emocional que o homem, tornando ainda mais difícil sua permanência dentro do cárcere.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 Acesso aos Produtos de Higiene Pessoal

Para a maioria das mulheres encarceradas o Estado não disponibiliza produtos essenciais para higiene pessoal, como absorventes, papel higiênico, escova de dente, creme dental, entre outras coisas. Os presídios femininos devem dispor desses produtos todos os meses, conhecido como o “kit de higiene”. As poucas que possuem acesso são as que recebem os produtos de seus familiares nos dias de visitaçã, restringindo o acesso apenas para essas mulheres. Aquelas que não possuem familiares ou eles não costumam fazer as visitas, tem dificuldade em possuir e usar tais produtos. Um dos métodos utilizados pelas detentas é a negociação de produtos, que se tornam mercadorias para elas. Como troca do recebimento de algum produto de higiene elas se propõem a fazer alguma atividade como faxina, costurar alguma roupa, oferecem serviços de manicure, entre outros.

Nas penitenciárias brasileiras, em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e dois pacotes com oito absorventes cada. Ou seja, uma mulher com um período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes por dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso.

Há casos em que pela insuficiência de disponibilidade de produtos de higiene como absorvente, por exemplo, acabam causando uma situação de constrangimento para mulheres que necessitam mensalmente desse produto, com toda a dificuldade de acesso e a necessidade do uso, elas acabam improvisando com miolos de pão que guardam para usar nessas situações, onde o amassam para que fiquem no formato de um absorvente interno e inserem dentro do órgão genital feminino ajudando a absorver o fluxo menstrual.

2.2 Saúde Feminina: O Acesso

O nosso sistema penitenciário feminino possui grandes problemas em relação aos serviços específicos de saúde para a mulher presa. Existe um amplo déficit de acesso à saúde e à assistência médica que se adapte à realidade dessas mulheres. O artigo 196 da Constituição Federal Brasileira de 1988 apresenta nesse artigo o conceito constitucional de saúde.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com isso a Lei de Execução Penal menciona:

Art. 14 - a atenção à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, deve compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico; e quando o estabelecimento penal não

estiver aparelhado para prover tal assistência, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção da instituição.

O direito à saúde das presidiárias é garantido por lei, é um direito fundamental, visando oferecer uma condição e vida digna para elas. Da mesma forma que as Penitenciárias masculinas apresentam descaso em relação à saúde, as femininas também apresentam esses fatores. Dentre as características próprias desse sistema peculiar feminino estão incluídas as doenças físicas e emocionais, que tomam uma proporção e intensidade maiores dentro do cárcere feminino e se agravam pela ausência de atividades e realização de tratamento adequado, informações sobre prevenção e um suporte com acompanhamento médico.

As condições das edificações das unidades prisionais, afetam diretamente a saúde física e mental das mulheres presas. Mais uma vez as más condições de habitabilidade, superpopulação e a insalubridade são fatores fomentadores de doenças infecto contagiosas, como tuberculose, micose, leptospirose, pediculose e sarna. O ambiente degradante contribui com o cenário de baixa estima alimentando doenças de âmbito emocional como a depressão, melancolia, angústia, e pânico.

A realidade do descaso das penitenciárias do nosso país é de extrema deficiência, sendo que, em algumas cadeias públicas, uma das celas é convertida em enfermaria improvisada, seja com algum equipamento médico (maca, cadeira odontológica), mas não possuem profissionais capacitados, habilitados e qualificados para solicitar as consultas médicas. As detentas em cadeias públicas dependem de eventual generosidade do delegado de polícia ou do esforço de alguns carcereiros, sensíveis às suas condições.

Uma das maiores dificuldades para o atendimento das mulheres presas em postos de saúde público ou hospitais é a ausência de escolta policial. Sendo um dos maiores obstáculos para esse deslocamento. Essas escoltas competem com as que são realizadas para atendimentos relacionados a demandas judiciais, sendo esta última prioritária em relação

às de deslocamento por saúde. Com isso detentas não conseguem efetuar seus tratamentos médicos necessários e assegurados por lei.

Outro fator importante é a ausência de medicamentos nas unidades prisionais, enquadrando-se também nos problemas encontrados internamente. Essa inexistência de medicamentos determina que os médicos ministrem analgésico para aliviar a dor, ou, segundo detentas, para resolver qualquer problema de saúde.

3. O DESCASO FAMILIAR

Um ponto que dificulta a visita dos familiares em relação às detentas é a distância que as unidades prisionais apresentam, uma vez que, pelo pequeno número de presídios femininos, eles acabam sendo localizados em lugares de difícil acesso, ou pela falta de transporte que faça o caminho até o destino que desejam. O custo do deslocamento se torna alto, dificultando mais ainda a visita e causando o abandono delas.

No caso de mães, irmãs ou até filhas que podem visitar algum parente preso, ainda há o risco de eventuais abusos enfrentados durante o trajeto pelo horário que saem de suas residências e pelos locais por onde têm que transitar. Já nos presídios, os visitantes ficam expostos em frente às penitenciárias e são organizadas em filas, enquanto funcionários preocupados apenas no cumprimento de seus protocolos funcionais não se importam com as necessidades ou peculiaridades que envolvem essas relações familiares, atrasando muitas vezes o horário de abertura dos portões, ressaltando também, que, em algumas penitenciárias como o Presídio Feminino do Distrito Federal, a Colmeia, o dia de visitação ocorre em dia de semana e poucas vezes são nos fins de semana, tornando a situação mais complexa para aqueles que trabalham ou para as crianças que estudam. Toda essa realidade afeta a visita das detentas, sendo mais um obstáculo de acesso dos parentes e um dos fatores do afastamento dos familiares.

Outro fator é a revista vexatória, sendo totalmente humilhante e desagradável para as pessoas que precisam passar por ela. A revista íntima é considerada de bastante importância para as autoridades, pois é

através dela que pode se localizar a entrada de drogas, objetos proibidos, como: celulares, armas, e outros instrumentos, especialmente cortantes, além de ser mais um meio de segurança. No Brasil, alguns Estados já se adaptaram a técnica da radiografia corporal nas penitenciárias masculinas e femininas. Carlos Roberto diz:

Ora, se a revista íntima realizada em pessoas adultas (mulheres) é tida como violenta, vexatória, constrangedora, aterrorizante (equiparada à tortura), não há como entendê-la de forma diversa quando imposta a bebês, crianças e adolescentes, independentemente do grau de conhecimento dos revistados. O simples fato de a criança/adolescente se despir perante terceiros no interior do estabelecimento penal viola sua integridade psíquica e moral, além de acarretar nos pais, testemunhas do ocorrido, sensação de desconforto profundo.

Diante dessas dificuldades, os vínculos amorosos com esposos, companheiros ou namorados também acabam enfraquecendo e os vínculos afetivos que possuíam antes da pena privativa de liberdade não se mantêm. Como consequência do abandono, as presas passam a possuir um comportamento diferente, mais agressivo, estressante e depressivo, além de diversas doenças que podem surgir, em especial, as psicológicas, situação completamente diferentemente daquela que envolve as mulheres que apoiam os companheiros detentos até o fim do cumprimento da pena, inclusive sendo fiéis e constantes nas visitas.

4. RESSOCIALIZAÇÃO

Quando alguém comete algum ato ilícito, o papel do Judiciário é punir esse infrator de acordo com as medidas cabíveis e justas, independentemente da ação delituosa que foi praticada, porém, apesar de a nossa Lei de Execução Penal possuir um amplo rol de direitos e deveres para os detentos, infelizmente ela não é cumprida a contento em nosso país, tornando ainda mais difícil as medidas e mudanças que ajudem no processo de ressocialização dos presos. A sua ressocialização é um

grande obstáculo, pois, apesar de ser um dos pontos mais importantes para a vida deles, é o que mais deixa a desejar dentro das penitenciárias brasileiras.

A sociedade cria preconceitos para aqueles recém-saídos das penitenciárias, impondo dificuldades para a reinserção dele no mercado de trabalho.

As prisões apresentam cenário de horror e condições degradantes. Ora, a prisão era pra ser uma instituição de ressocialização que, além de educar e preparar o retorno do interno para o mundo externo, deveria propiciar aos presos que estão ali internos não um ambiente de vingança, mas sim, uma forma de reintegração social mais humana.

De acordo com o art. 28, *caput* da Lei de Execução Penal,¹⁶ o trabalho do interno deverá apresentar finalidade educativa e produtiva.

À luz desse entendimento, pode-se inferir que o trabalho realmente constitui precioso elemento para a reintegração social, à medida que ele é um operador fundamental na própria construção do sujeito e, ainda, um mediador privilegiado, senão único, entre inconsciente e campo social, e entre ordem singular e ordem coletiva. Nessa construção do sujeito, envolvem-se não apenas os aspectos concretos do trabalho, mas também os aspectos simbólicos, como seus desejos, suas aspirações.

O trabalho dentro das prisões é um dos principais fatores para o reajustamento social, ele possui grande importância, pois, além de reduzir o tempo dentro do cárcere, ele vai ajudar a esquecer por um momento as condições que elas enfrentam no dia a dia. Através do Serviço Social é que os direitos dos detentos são aprovados, junto do Estado que tem o papel de fornecer as verbas para que seja realizado o processo de ressocialização, porém ele tenta se omitir ou não disponibilizar a quantia necessária para que esse trabalho seja realizado. De acordo com o art. 22

da Lei de Execução Penal a finalidade da assistência social é amparar o preso e o internado, prepará-lo para o retorno à liberdade.

Esse processo de ressocialização que tem a função de preparar as internas para o mundo externo é bastante cauteloso, pois um dos pontos primordiais desse trabalho é conscientizá-las de que o mundo do crime não é correto. É preciso fazer com que se arrependam dos motivos que a levaram a estar dentro da prisão, sendo importante que as penitenciárias ofereçam diversas maneiras de trabalhos construtivos, melhorando as condições de vida impostas às presas e amenizando o cumprimento de sua pena.

As penitenciárias femininas no Brasil não possuem total condição para exercer o trabalho correto para esse processo de ressocializar ou reintegrar, pois para realizar essa tarefa há vários aspectos a serem considerados, dentre eles os mais importantes estão na questão da saúde, educação, assistência social e incentivo ao trabalho. O Estado tem papel fundamental nesse processo, com investimentos públicos e políticas públicas específicas, como já foi mencionado, mas a sociedade também soma na ajuda a essas detentas, procurando eliminar o grande preconceito que apontam a elas a partir do momento que entram e mais ainda, quando saem da prisão.

São fatores que devem ser trabalhados em conjunto para que o resultado seja eficaz, como o cadastramento para visita íntima, ligações para os familiares, ajudando e aumentando o contato entre a detenta e sua família, palestras sobre saúde, entre elas sobre Doenças Sexualmente Transmissíveis e a importância dos exames ginecológicos dentro da prisão, incentivo à leitura e elaboração de textos, encaminhamento previdenciário, entre outras atividades, são algumas das funções oferecidas do serviço social dentro do cárcere feminino.

O apoio psicológico também pode ser visto como parte integrante desse processo, deve ser realizado para promover a mudança na vida daquelas mulheres que estão presas, realizando seu trabalho através de conversas em que se busque entender a trajetória de vida de cada uma, desde os motivos que levaram a entrar no mundo do crime como também

o que elas podem esperar do mundo externo. Esse momento é muito importante para as presas, pois elas se sentem humanizadas com o devido tratamento que os profissionais lhe proporcionam, não havendo julgamento por suas atitudes e sim, apoio e colaboração para que tenham uma visão e perspectiva de vida melhor.

A impunidade é o principal fator do aumento da criminalidade e da violência em nosso país. Saber que o crime vai ficar impune encoraja os delinquentes a continuar na escalada do crime.

CONCLUSÃO

O sistema carcerário feminino brasileiro apresenta a necessidade de repercutir na vida das pessoas que vivem em cárcere, evidenciando quais mudanças que podem nele ocorrer. Assim, a solução para os problemas existentes mostra-se urgente para a realidade do sistema prisional. A ampliação do olhar em torno dessa situação se torna válida, possibilitando a reflexão dos estereótipos criados e dos equívocos na assistência à saúde das presas. Um enigma que vem afetando objetivamente as detentas em vez de criar alguma condição para a ressocialização.

A superação desse caso vem relacionada nitidamente à necessidade de adotarem-se políticas públicas para acobertar as detentas, visto que elas sofrem muita discriminação com a situação precária decorrente da má qualidade do sistema penitenciário. A abordagem desse tema traz como reflexo a importância de estudos mais aprofundados sobre as mulheres presas, que estão um pouco paralisados perante as entidades públicas do nosso país. Uma vez apontadas as principais barreiras vividas todos os dias por essas mulheres que têm a liberdade privada.

Foi possível verificar a grande ausência dos órgãos públicos e políticas penitenciárias que integrassem as situações específicas de cada mulher e também se evidenciou a necessidade de rapidamente reverter esse quadro com ações concretas que possibilitem a mudança dessa realidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rosemary de O. **Mulheres Que Matam**. Universo Imaginário do Crime Feminino. Rio de Janeiro – Dumará, 2001. Página 33

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Art 196. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 15 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. No título II, capítulo II. Art. 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

BITENCOURT, C. R. (2004). **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da Revista Corporal no Âmbito do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11205/limites-da-revista-corporal-no-ambito-do-sistema-penitenciario#ixzz3piNdTxfo>> Acesso em: 16 de novembro de 2016.

INTERNET - DIREITO SOCIAL

BRUNO LEÃO CARVALHO:
Bacharelado do ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Brasil.

Msc. **André de Paula Viana**(orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo tem como propósito apresentar a importância da internet no âmbito jurídico, através de garantias legais e previsão constitucional, indicando como a internet é considerada meio fundamental e indispensável para o funcionamento da justiça digital no nosso país. Destacar a importância da internet na sociedade moderna, apresentando desde sua evolução no sentido histórico, até o fato de como o progresso da sociedade gerou uma necessidade e uma dependência imensa da internet. Além disso, neste projeto será apresentado um comparativo entre internet nacional com a internacional, apontando as falhas do Estado em relação a prestação dos serviços de internet, que além de alto custo, divergem na qualidade que é prometida inicialmente.

Palavras-chave: internet, serviços, constituição, evolução, garantia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present the importance of the internet in the legal sphere, through legal guarantees and constitutional forecast, indicating how the Internet is to consider a fundamental and indispensable means for the functioning of digital justice in our country. To emphasize the importance of the internet in modern society, presenting from its evolution in the historical sense, to the fact of how the progress of society generated a huge need and dependence on the internet. In addition, in this project will be presented a comparative between national and international internet, pointing out the failures of the State in relation to the provision of internet services, which in addition to high cost, differ in the quality that is promised initially.

Keywords: internet, services, constitution, evolution, warranty.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. INTERNET ORIGEM HISTÓRICA. 1.1 AMPLIAÇÃO DA INTERNET. 2. IMPORTÂNCIA SOCIAL DA INTERNET. 3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 4. COMPARATIVO INTERNET NACIONAL X INTERNACIONAL. 5 O ACESSO À JUSTIÇA. 6 PROCESSO ELETRÔNICO NO BRASIL. 6.1 VANTAGENS DO PROCESSO ELETRÔNICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A evolução da internet em conjunto com a evolução social, apontando como com o passar do tempo a internet foi considerada de um artigo de luxo a um direito social que progrediu se tornando indispensável de acordo com a evolução e a necessidade cada vez mais constante da internet para que as pessoas pudessem efetuar seus serviços.

Via de um comparativo internacional, no qual será demonstrada a diferença em relação a internet e seus serviços no âmbito nacional, com o resto do mundo. O conceito histórico apontando quando surgiu a internet, qual sua função e ideia original no período que foi criada e como ela é utilizada atualmente.

A sociologia como a evolução da sociedade gerou uma necessidade constante da internet. Através do Direito Constitucional, apontarei como a Constituição classifica a internet, classificando - a como garantia legal, devido a seu caráter indispensável. A internet é fundamental para o funcionamento da Justiça Digital, demonstrando como ela é utilizada nomeio jurídico através dos processos digitais por exemplo.

A sociedade moderna, atualmente está em uma condição de dependência com a internet, portanto sem os serviços fornecidos através da internet, muitos profissionais do Direito não teriam como atuar, pois não teriam acesso a processos e a serviços e dessa forma não conseguiriam atuar em sua área específica, o que ressalta a dependência em relação a internet em varias áreas profissionais, e no caso específico no âmbito jurídico.

Demonstrada a efetividade, a dependência dos serviços públicos em relação a internet, demonstrando que atualmente a realização de diversos serviços públicos depende diretamente da utilização de internet, pois atualmente é o considerado meio mais rápido e eficiente para que se possa efetuar um serviço ou realizar uma atividade.

O Estado apresenta uma grande falha em relação ao serviço de internet, pois os planos e serviços prometidos no nosso país são de alto custo, e pelos valores nos fazem esperar por um serviço de qualidade, porém, na grande maioria das vezes os serviços contratados não seguem o plano proposto, tendo uma

qualidade inferior a contratada, pois muitas empresas do nosso país não tem capacidade de fornecer serviço de internet compatível com o que propõem aos consumidores, algo que torna nosso serviço de internet um dos piores do mundo.

1. INTERNET ORIGEM HISTÓRICA

O surgimento da Internet engloba diversos meios, tanto tecnológicos, organizacionais, quanto sociais e políticos. É nítida na sociedade atual a influência da internet em todos os ramos da sociedade, pois a passamos a utilizar cada vez mais este meio para adquirir qualquer coisa desde uma informação até fazer compras e trabalhar em conjunto.

A Internet nasceu das pesquisas feitas pelos militares nos Estados Unidos no período da Guerra Fria. Nos anos 60, existiam dois grupos rivais que possuíam o controle e influência mundial, em cada tipo mecanismo, ou espécie de inovação, algum instrumento novo seria capaz de aumentar esta competição de poder entre os Estados Unidos e a União Soviética. (*Brief History of the Internet*. Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, Stephen Wolff.)

Essas duas forças possuíam o controle e compreendiam a eficiência dos mecanismos de comunicação.

O fato do governo americano temer o ataque dos russos a suas bases militares, o que os tornaria mais vulneráveis, gerou um modelo de troca de informações que possibilitasse a descentralização das próprias informações. Dessa forma, caso o órgão do governo Pentágono fosse alcançado, os dados que ali foram armazenados não se perderiam. (*Brief History of the Internet*. Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, Stephen Wolff.)

A primeira etapa que surgiu era chamada de Arpanet e tinha como função ser o elo em rede de computadores usados nos centrais de investigação com finalidade militar.

Depois de ser exposto no ano de 1972, e da concretização das primeiras chamadas universais em 1973, a rede Arpanet avançou de forma lenta na década de 70, contudo, devido ao temor e insegurança do governo, o sistema permanecia sendo rede reservada aos militares e inacessível a outros indivíduos, como os grupos da academia internacional e dos Estados Unidos. (*Brief History of the Internet*. Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, Stephen Wolff.)

1.1 AMPLIAÇÃO DA INTERNET

Esta ampliação da Internet ocorreu somente em 1990, época em que começou a alcanças pessoas de modo total. No período em questão, o engenheiro inglês Tim Bernes-Lee desenvolveu a World Wide Web, permitindo o emprego de uma interface gráfica e o surgimento de sites mais atrativos e visualmente interessantes. Foi a partir deste faro que a Internet evoluiu e se ampliou de maneira acelerado. Vários especialistas afirmam que esta foi a principal criação da era tecnológica, desde o televisor nos anos 50.

A década de 1990 tornou-se a era de expansão da Internet. Visando auxiliar na navegação pela Internet, apareceram diversos navegadores (browsers) como, por exemplo, o Internet Explorer da Microsoft e o Netscape Navigator. O surgimento acelerado de provedores de acesso e portais de serviços online contribuíram para este crescimento. A Internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais. Os estudantes começaram a buscar informações para suas pesquisas escolares utilizando esse veículo, enquanto vários adolescentes usavam a internet com o intuito de diversão em paginas de jogos na internet. As salas de bate-papos e tornaram locais para encontro de pessoas para conversas virtuais a qualquer hora. As pessoas que estavam desempregadas começaram sua procura por oportunidade de emprego nas páginas de agências de emprego virtuais, ou somente enviando seus currículos via e-mail As empresas encontraram na Internet uma forma de ampliar suas receitas e por isso as vendas online dispararam, tornando a Internet o local com uma imensa variedade de produtos, que podem ser adquiridos de maneira prática e rápida.

Atualmente, não conseguimos imaginar nossa sociedade, sem pensarmos na utilização deste fundamental veículo de comunicação. A internet se tornou essencial nas residências de todos os indivíduos ao redor do planeta. Permanecer ligado na internet e nas mídias sociais se tornou algo essencial para a população. A rede mundial de computadores também é encontrada em instituições de ensino, universidades, empreendimentos além de muitos outros locais, permitindo o acesso às informações e notícias do mundo de maneira imediata.

Em 2006, surgiu um novo período na Internet devido ao progresso das redes sociais. O pioneiro foi o Orkut mídia social mais utilizada no Brasil no período. Anos depois surgiram outras redes sociais como o Facebook, Twitter, Google Plus e Instagram.

No ano de 2010 um novo tipo de serviço se tornou muito popular na rede mundial de computadores. Conhecidos como sites de compras coletivas, que são o meio de ligação entre consumidores e empresas. Essas páginas conseguem negociar descontos para a venda de uma imensa demanda de produtos e serviços. Os usuários utilizam títulos com 50% de desconto ou até mais, algumas das páginas mais populares neste setor são: Peixe Urbano e Groupon. (www.suapesquisa.com/intenet, acesso em 26/10/2016)

No ano de 2014 foi aprovado no Congresso Nacional e Senado e sancionado pela presidente Dilma Rousseff, o Marco Civil da Internet, depois de um longo período de debates e tramitação. Um dos principais pontos da lei é a implantação no Brasil do princípio da "neutralidade da rede". A lei veda as empresas que oferecem acesso à rede (operadoras de telefonia, por exemplo) de cobrarem pelo tipo de conteúdo que o internauta (assinante) acessa. (A galáxia da Internet (coleção Interface) [3] Castells, Manuel ,Temas do livro: Sociologia, História da Internet, Comunicação Virtual).

2. IMPORTÂNCIA SOCIAL DA INTERNET

A internet na sociedade moderna esta ligada as palavras eficiência, praticidade na vida moderna, visto que, com a evolução da sociedade, ela vem se

tornando cada vez mais fundamental no dia a dia das pessoas em diversos contextos: acadêmico, domiciliar e empresarial.

Apesar deste meio de comunicação também possuir seus resultados negativos devido a ação de pessoas inescrupulosas que sabem a função da internet, mas acabam utilizando-a para meios ilegais, visando se beneficiar economicamente ou socialmente, essa minoria que utiliza esse veículo de comunicação de maneira errônea não é capaz de diminuir a importância social da internet.

Atualmente com a praticidade do acesso a internet não somente utilizando o computador, mas também smartphones e tablets, que se tornaram mais comuns que a grande maioria das pessoas tenha acesso a esta tecnologias e suas diversas funções.

Além disso, a importância da internet fica clara através da forma que passou a ser considerada pela Organização das Nações Unidas, como aponta a matéria logo abaixo, extraída da Revista Galileu Galilei:

ONU declara que impor restrições à internet é uma violação dos direitos humanos. Uma nova [resolução](#) do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas declara que o acesso à [internet](#) não deve ser interrompido por governos ou agências governamentais. Apesar de a internet em si ainda não ser considerada um [direito humano](#), a Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que os direitos das pessoas deve ser protegidos no virtual assim como é no offline.

A resolução foi aprovada por maioria, da qual não faz parte países como [Rússia](#) e [China](#), que possuem vários problemas de governos e agências interferindo no acesso dos cidadãos à internet. Tais nações, inclusive, pediram que o Comitê tirasse a passagem do documento em que a ONU "condena medidas que buscam prevenir ou interromper o acesso à disseminação de informações online", o que não foi acatado.

A medida não é obrigatória, o que significa que não pode ocorrer nenhum processo legal contra os governos que forem contra ela. [E como aponta o "Ifucking Love Science" \[4\]](#), mesmo que fosse obrigatório, seria muito difícil para o Comitê punir as nações.

O documento também relembra que ainda há muitos países que não possuem acesso à informação, além da necessidade de usar a tecnologia como forma de empoderar [mulheres](#) e [meninas](#).

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade se encontra no artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, porém, não está relacionado apenas a utilização da lei em si, devendo estar também ligada com a Isonomia, considerando que a lei é aplicada de forma igual a todos, mas é preciso que sejam advertidas as desigualdades entre os desiguais para que se tornem iguais em concordância com suas desigualdades, isso porque se tratarmos todos de forma igual, alguma hora alguém será prejudicado e muito provavelmente será a parte que é conhecida como mais fraca, pois será tratada de forma igual a um indivíduo considerado mais forte.

Seguindo o artigo 5º a lei não pode ser aplicada em desconformidade com a isonomia, que devendo ser considerado como princípio fundamental dos direitos e garantias. Portanto o indivíduo que aplica a lei e até mesmo quem a criou deve seguir a norma.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, P. 7).

O trecho acima exposto aponta a importância do princípio da igualdade, demonstrando que através dele a Constituição Federal regula que todos os indivíduos possuem direito a serem tratadas de forma isonômica.

4. COMPARATIVO INTERNET NACIONAL X INTERNACIONAL

Vivemos em um país no qual temos um grande problema em relação a qualidade do serviço de internet, tendo em vista o preço que o usuário vem a gastar para poder adquiri-la.

No mais se não bastasse esta situação atualmente o serviço de internet banda larga, o brasileiro vem passando por uma séria discussão tendo em vista que as operadoras fornecedoras do serviço no país, querem adotar o limite de dados também na internet banda larga, algo que já é utilizado no serviço de internet de celulares no Brasil, o material que segue, ilustra como funciona esse serviço que já é utilizado nos Estados Unidos e em diversos países, além de apontar séries de efeitos que gerou aos seus usuários.

“Em meio à polêmica sobre a intenção de algumas operadoras de telecomunicações brasileiras limitarem os dados na banda larga fixa, ressurgiu o debate sobre qual é o principal modelo ofertado em todo o mundo. Franquia ou ilimitado? Para justificar uma possível efetivação da franquia, defensores da restrição chegaram a afirmar que a banda larga fixa limitada já é tendência em outros países.

Contudo, dos 190 países monitorados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), 130 deles oferecem prioritariamente planos de banda larga fixa com internet ilimitada. Ou seja, 68% dos países optaram por modelos sem franquia. A UIT é o organismo internacional das Nações Unidas (ONU) responsável por criar padrões e recomendações globais sobre as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs).

No final de cada ano, a organização publica o relatório “Medição da Sociedade da Informação” (Misr), que traz dados atualizados sobre as telecomunicações e divulga o ranking de países de acordo com o seu nível de acesso às TICs, conhecido como Índice de Desenvolvimento das TICs (IDI).

O último relatório, publicado em novembro de 2015, mostra que a Coreia do Sul continua na liderança de países melhor avaliados, seguidos da Dinamarca e Islândia. O Brasil está apenas na 61ª posição, bem distante dos Estados Unidos (15ª), que possui um dos modelos mais competitivos do mundo. Na frente do Brasil, encontram-se também três países sul-americanos: Uruguai (49ª), Argentina (52ª) e Chile (55ª).

A competição norte-americana pelo melhor modelo de banda larga fixa se reflete na opinião dos estadunidense e em fóruns online. Em 2011, o usuário "KwayZee" perguntou no fórum bodybuilding.com se o seu novo plano com 50 GB/mês seria uma quantidade decente para ele. "Eu faço um monte de streamings de Netflix e preciso de uma quantidade decente para jogar".

Como resposta, outros participantes desse fórum foram taxativos ao dizer que 50GB seria insignificante para o seu objetivo.

Enquanto o plano citado no fórum oferecia 50GB por mês, no Brasil um plano de 1 Mbps da empresa NET possui franquia de apenas 20gb por mês. Considerando que um filme em HD da Netflix consome 3GB por hora*, o assinante brasileiro desse plano conseguiria ver apenas 6 filmes em alta definição por mês - isso se ele não gastar a franquia com outras atividades como navegar no Facebook ou fazer uma videoconferência. Depois de estourar o limite, o contrato da Net informa que a empresa poderá reduzir a velocidade do usuário.

No caso da empresa Vivo (que adquiriu recentemente a GVT) um plano de 4 Mbps promete a mesma franquia de 50GB, que é suficiente para ouvir 13

dias seguidos de música ou rádio web (150 MB por hora) ou, então, baixar apenas um game que possui em média 50 GB.”
([7]<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/04/quase-70-do-mundo-possui-internet-sem-franquia-aponta-onu>).

Esta discussão gerada pela tentativa de limitação do serviço de internet banda larga no país é nítida no aspecto que mesmo em países mais desenvolvidos como no caso dos Estados Unidos a limitação de internet banda larga gera um prejuízo imenso ao usuário que além de pagar altos valores por um serviço, ainda o teria de forma limitada, e caso ultrapassasse o limite teria que pagar um adicional para continuar utilizado o serviço.

A limitação do serviço de internet banda larga no Brasil não pode ocorrer, porque, além dos brasileiros pagarem altos valores pelo serviço, muitas vezes não recebem o que solicitaram, ou, recebem com qualidade inferior.

A restrição da internet no Brasil vai contra o princípio da igualdade e o direito a informação, pois seria prejudicial, já que muitos brasileiros não conseguiriam utilizar a internet e seus serviços, que são essências para muitos deles, e que devido a esta imposição de limitação de serviço causaria desigualdade entre as pessoas.

5 O ACESSO À JUSTIÇA

Ligado ao grupo dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o “acesso à justiça”, é uma das garantias constitucionais mencionadas no Art. 5º, XXXV, que possui o seguinte texto: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse princípio constitucional possui diversas nomenclaturas, porém atualmente adquiriu status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de direito de ação ou princípio do livre acesso ao judiciário, somente com a Carta de 1946.

A Constituição Federal Brasileira[5]de 1988 utilizou a expressão “direito” de uma forma ampla, algo totalmente diferente do que acontecia anteriormente, visto que, só era mencionada essa lesão referindo-se a direitos individuais.

Porém, tal expressão traz em seu íntimo, muitos significados que vão além da possibilidade de uma pessoa que teve seu direito violado, ou na proximidade de sê-lo, de ser socorrido pelo Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe descreve o significado dessa expressão e seu alcance:

“A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”

O direito de ação supracitado não se confunde com o exercício do direito de petição elencado no art. 5º inciso XXXIV, da CRFB/88, já que o mesmo está diretamente ligado ao direito de participação política não sendo preciso demonstrar qualquer interesse processual ou lesão a direito individual. Nery Jr. Preceitua:

“Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, salvo nos casos dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido à autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis”.

Precisa a afirmação de Watanabe de que não é saciável e não basta a simples propositura formal do problema do particular ao órgão judicante, sendo primordial, para a efetivação desse direito, que haja uma viabilidade ao acesso “à ordem jurídica justa”.

6 PROCESSO ELETRÔNICO NO BRASIL

Em 19 de dezembro de 2006, foi ratificada a Lei nº 11.419, a qual dispõe sobre a digitalização do processo judicial, transformando-se no marco regulatório brasileiro na utilização dos meios eletrônicos para auxílio na tramitação de processos, na comunicação de atos e transmissão de peças em todos os graus de jurisdição nos processos civil, penal e trabalhista.

O Processo Judicial Eletrônico pode ser definido como a relação abstrata entre partes e juiz, submetida estritamente ao domínio da justiça e do contraditório na sua ampliação, de forma eletrônica, ou seja, pode ser mais entendida de maneira mais simples como a total mudança do meio físico para as formas de armazenamento disponibilizadas pelos meios digitais. Contém princípios, características e elementos próprios, que o diferenciam do tradicional Processo Judicial Físico.

O emprego do sistema digital visando a informatização, a comunicação dos atos processuais e do processo eletrônico, previstos na nova lei, provoca impactos significativos nos processos, nas funções dos envolvidos, na carga do trabalho, nos afazeres, no funcionamento, na rotina, nas instalações físicas, no atendimento, entre outros, no Poder Judiciário Brasileiro. Por outro lado, o Processo Judicial Eletrônico também tem sido alvo de algumas críticas, principalmente da OAB, que ingressou no Supremo Tribunal Federal com três Ações Diretas de Inconstitucionalidade visando à declaração de inconstitucionalidade de trechos da lei que disciplina o processamento eletrônico dos atos judiciais.

Os Tribunais Superiores e Regionais, o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais de Justiça, a Justiça do Trabalho, bem como a Justiça Em 19 de dezembro de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.419, que dispõe Federal, progressivamente vêm regulamentando o processo eletrônico em esfera interna, por meio de portaria, resolução ou instrução normativa. Diante desse cenário que constatamos que o Processo Judicial Eletrônico já é uma realidade diária das pessoas e da Justiça Brasileira.

6.1 VANTAGENS DO PROCESSO ELETRÔNICO

O processo eletrônico contém diversas vantagens, tal como a ausência do uso de papel ou deslocamento até o protocolo, algo que além de evitar a falta da assinatura do advogado em petições, consideradas apócrifas, possibilita que sejam remetidas as petições em um período de até 24 horas do último dia de prazo.

É evidente que, através dos autos virtuais, risco de danos é reduzido, extravio de documentos e processos, e procedimentos que visam a restauração de autos. Além disso, proporciona agilidade na remessa do processo para a 2ª instância e gera economia das custas do porte de remessa e retorno, pois somente são cobradas somente nos processos físicos.

Sobre o cumprimento das cartas precatórias, poderá ser realizado em menor tempo, economizando o prazo de envio e retorno.

Outro avanço processual é a eliminação de atividades morosas como as juntadas, autuações de autos, e outros procedimentos.

Uma importante vantagem do processo eletrônico é fim do espaço que era ocupado pelos processos físicos. Dessa forma pilhas de processo não existirão mais, algo que tem um benefício imenso ao meio ambiente devido a economia de papel e outros acessórios, como a tinta de impressora.

O processo eletrônico permitirá que, já na distribuição da demanda, possa ser averiguada a ocorrência de prevenção, litispendência ou coisa julgada, além de evitar a burla quando da distribuição de processos, por via da verificação dos dados.

Ainda em relação a distribuição, será realizada pelo advogado, sem interferência do cartório ou secretaria. Outra novidade foi a alteração do art.38 do Código de Processo Civil, admitindo que a procuração seja rubricada digitalmente, tendo por base certificado enunciado pela Autoridade Certificadora habilitada, nos moldes da legislação específica.

O principal objetivo do processo eletrônico é ampliar as facilidades e reduzir os custos do processo, bem como, acabar reduzindo custos para os advogados, defensores, que não precisarão se deslocar até a comarca para ter acesso aos autos.

Outro aspecto fundamental do processo digital está na celeridade processual que o meio eletrônico pode gerar, ao possibilitar a redução no tempo de tramitação do processo através da melhoria em relação ao período para que se possa atender a prestação jurisdicional.

Sobre a questão da publicidade cabe enfatizar que Wesley Roberto de Paula que menciona sobre as novas tecnologias nos meios de comunicação e informação, destacando que são as formas que conduzem os usuários entre as pretensões democráticas por transparência e os imperativos de garantia da intangibilidade da privacidade.

Portanto existe uma divisão em relação à publicidade, porque alguns concluem que deve ser concebida na forma como consta na lei do processo eletrônico, que prevê acesso aos autos apenas às partes, seus procuradores e Ministério Público, já outros entendem que cabem modificações.

Em relação à publicidade das decisões judiciais, desde que estas não estejam sob segredo de justiça, devem ser abertas a população, visando conservar o devido controle.

Dessa forma é possível constatar que as vantagens do processo eletrônico são muitas, ao contrário do que vários operadores do direito apontam. Assim, observa-se que meios eletrônicos são um mecanismo de grande auxílio ao processo, evitando vários desgastes. Um exemplo é o da gravação das audiências, que dará a 2º instância a exata noção do que foi feito, privilegiando os vários princípios do direito pátrio.

Alexandre Atheniense enfatiza sobre o benefício adquirido através das experiências vivenciadas pelas suas pesquisas utilizando a informatização, destacando que através de suas pesquisas realizadas no ano de 2002, ao invés de concluir que ocorreu a perda em relação aos seres humanos, foi possível perceber que o que veio a acontecer foi a ampliação do processamento dos feitos.

Assim sendo, o processo eletrônico é um grande desafio. Porém, acredita ser um instrumento eficaz e célere, através do qual a imagem do Poder Judiciário pode ser restaurada, visando a diminuição do período de espera e as práticas processuais arcaicas, tal como visa gerar a cidadania, com aceitação e quebra de barreiras geográficas, quando, por exemplo, permite que um advogado de uma seccional tenha conhecimento de um processo tramitando em outro estado, sem precisar se desloca até o local de origem do processo.

A consolidação de direitos através de um serviço avançado, usufruindo de um computador, já era algo almejado no momento globalizado que vivemos. Estudiosos idealizaram um sistema que atualmente é utilizado na prática.

CONCLUSÃO

A internet e surgiu tendo uma função principal na época em que foi criada, porém com o passar do tempo e com a evolução social, ela veio a ser utilizadas de

varias formas diferentes, visando sempre auxiliar as pessoas em suas atividades diárias.

Certamente, ainda há muito que se evoluir, visto que, em diversos países serviço de internet não é compatível com o valor pelo qual se paga, até mesmo quando no nosso país por exemplo a qualidade da internet é equivalente ao preço pago, ela ainda fica extremamente distante da qualidade e do preço do serviço de internet fornecido pelos países mais desenvolvidos.

O que antigamente era visto como artigo de luxo e objeto que poucos cidadãos do mundo conseguiam obter, veio a se tornar o veículo de comunicação mais completo, rápido e direto do mundo, além de ser meio pelo qual as pessoas buscam resolver problemas em suas vidas, essa razão e tantas outras, fez com que a internet atualmente, atingisse o nível de direito fundamental inerente a pessoa humana, já que no mundo globalizado qualquer pessoa que não tem acesso a internet claramente tem um imenso prejuízo.

Outro assim, é possível constatar que no mundo moderno a internet é fundamental no meio jurídico, através da justiça digital pelos processos eletrônicos, que vem gerando diversos resultados positivos no direito, facilitando a vida dos operadores do direito, visando sempre velocidade, praticidade e eficiência.

Portanto, através do conteúdo acima explanado, conclui-se que função jurídica desta pesquisa é destacar que a internet é algo indispensável na sociedade moderna, sendo um direito inerente a qualquer ser humano, além de fundamental para o funcionamento do mundo jurídico, destacado pela sua importância no âmbito processual, pela revolução do processo digital e de diversos procedimentos que devido somente a evolução da internet podem ser utilizados para auxiliar no meio jurídico.

REFERÊNCIAS

Brief History of the Internet. Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, Stephen Wolff.

<<http://www.suapesquisa.com/intenet>>. Acesso em 26 out. 2016.

A galáxia da Internet (coleção Interface) Castells, Manuel, Temas do livro: Sociologia, História da Internet, Comunicação Virtual, Temas do livro: Sociologia, História da Internet, Comunicação Virtual. <<http://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2016/07/onu-declara-que-impor-restricoes-internet-e-uma-violacao-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 25 out. 2016.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 out. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, P. 7.

QUASE 70% DO MUNDO POSSUI INTERNET SEM FRANQUIA APONTA ONU. <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/04/quase-70-do-mundo-possui-internet-sem-franquia-aponta-onu>>. Acesso em 27 out. 2016.

WATANABE, Kazuo. Participação e processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1988, p. 128-135. WATANABE, Kazuo (Org.) et al. Juizado especial de pequenas causas – Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 161. WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. Participação e Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988); (NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição)

MARCO CIVIL DA INTERNET Lei nº 11.419 - <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em 27 out. 2016.

PAULA, Wesley Roberto de. **PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. Busca da indispensável relativização**. São Paulo: LTR, 2009. P. 11.

ATHENIENSE, Alexandre. **Processo Eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização Judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 410.

NOTAS:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

ARTHUR PEREIRA DE OLIVEIRA CASTRO: Aluno da Faculdade Católica do Tocantins.

Murilo Sudre Miranda (orientador)^[1]

RESUMO: O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em estágio de falência, passando por uma profunda crise. Os principais problemas e carências constatados na execução das penas de prisão, é a superlotação carcerária, o ambiente propício à violência, o grande consumo de drogas, o ócio ou a inatividade forçada dos presos e o elevado índice de reincidência. Ademais, compreende-se enfatizar que para iniciar o pensamento em relação ao fim ressocializador da pena e a melhoria das condições das prisões deve-se ter em vista que a execução penal necessita estar sob a inspiração do consagrado princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, para que ocorra uma possível melhoria nas prisões e cadeias brasileiras deve haver a união dos poderes públicos e da sociedade, sob um enfoque moderno, humanista e uma aproximação dos postulados oriundos do movimento neoconstitucionalismo e importantes tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Palavra Chave: Crise, Prisões, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Sistema Penitenciário, Superlotação.

ABSTRACT: The Brazilian penitentiary system is in a state of bankruptcy, going through a deep crisis. The main problems and shortcomings in the execution of prison sentences are prison overcrowding, the environment conducive to violence, heavy use of drugs, prisoners' forced idleness or inactivity, and a high rate of recidivism. In addition, it is important to emphasize that in order to initiate thought in relation to the resocializing aim of punishment and the improvement of prison conditions, it must be taken into account that criminal execution must be under the inspiration of the established principle of the dignity of the human person. Therefore, in order for a possible improvement to take place in Brazilian prisons and chains, there must be a union of public authorities and society, under a modern, humanist approach and an approach to the postulates derived from the

neoconstitutionalism movement and important international treaties to which Brazil is a part.

Key words: Crisis, Prisons, Principle of Human Dignity, Penitentiary System, Overcrowding.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DAS PENITENCIARIAS BRASILEIRAS. 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS. 4. DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. 5. PROBLEMAS ATUAIS DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL. 6. POSSÍVEIS SOLUÇÕES E ALTERNATIVAS FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O que se pretende com esse artigo é uma análise crítica e realista, acerca do sistema penitenciário brasileiro, apresentando informações que revelam a crise em que se encontra o sistema, pontuando os principais fatores que têm colaborado para esse crescimento. O que se percebe é a queda acintosa de um modelo prisional, cuja falência e decadência já está sendo admitida em virtude de tantas barbáries e mazelas que ainda se faz presente no cárcere.

Inicialmente, será feita uma abordagem no que se refere a criação das prisões e sua finalidade, uma vez que, existem relatos da existência de prisões na bíblia e muito antes dos registros cristãos. Os primeiros cativeros datam de 1700 a.C a qual sua finalidade era a de reclusão dos escravos angariados como espólios de guerra.

Os principais crimes nos tempos antigos eram ocasionados por endividamento, desobediência e desrespeito com às autoridades, normalmente contra os faraós e reis. Porém, esses aprisionamentos não estavam estritamente relacionados à sanção penal, visto que não existiam códigos de regulação social. Por esse motivo os estágios de reclusões eram submetidos a tortura e execução, não evidenciando a finalidade de reintegração ou recuperação social.

Os modelos das prisões atuais foram criados pela igreja para combater divergências de ordem religiosa. No início do século XIX, conjuntamente com as transformações da sociedade americana e europeia, a partir da revolução

industrial, o sistema penitenciário e as formas de reclusão dos criminosos passaram a ser discutidas. A privação da liberdade foi uma mudança significativa, onde o indivíduo encarcerado perderia sua liberdade por determinado tempo, assim a pena passou a ser quantificada através do tempo.

Além da restrição à liberdade quantificada através do tempo, a alteração revolucionária nas penitenciárias, foi o encarceramento do interno em celas separadas. Segundo Foucault (2007, p. 199) o preso deveria ser isolado do mundo exterior, “tudo o que motivou a infração, às cumplicidades que o facilitaram, e dos outros detentos, a fim de evitar qualquer tipo de complô e revolta.” A pena deveria ser individual e individualizante, justificando assim o isolamento do encarcerado de qualquer outra pessoa.

Tendo em vista o crescimento da pobreza em diversos países europeus, criou-se um grande movimento de racionalização do direito na execução penal pelo reconhecimento dos direitos humanos e a exigência da ética e do respeito à moral e dignidade do indivíduo. Desse modo, somente em 1930 o Código Criminal veio regulamentar a pena de prisão e sua individualização. Anteriormente era reconhecido o Código de Hamurabi (Lei de Talião), porém este, apesar de estabelecer normas de relacionamento, possuía bases estritamente religiosa e caráter vingativo.

Com a finalidade de diminuir o caos no qual o sistema penitenciário brasileiro se encontrava, por meio de decreto presidencial no dia 11 de junho de 1984, foi sancionada a Lei de Execução Penal, considerada umas melhores legislações do mundo em termos de execução penal, no item nº 100 da exposição de Motivos, com a redação original, já declarava a situação absurda de confinamento de grande parte da população carcerária brasileira nas cadeias pública e estabelecimentos similares. Os juristas referiam as prisões como “ambientes de estufa” e “sementeiras de reincidências”, onde prisioneiros altamente perigosos conviviam em celas superlotadas com criminosos ocasionais e presos provisórios, para os quais o princípio da presunção da inocência é realmente um mito.

Impera na sociedade uma tolerância absoluta em relação aos direitos dos presos (e também à reintegração social deste), mostrando-se indiferente quanto à situação do sistema carcerário. O pensamento que predomina é que

aparentemente a sentença condenatória criminal tem um segundo efeito de retirar a personalidade e a dignidade humana do preso.

Em razão disso, é rotineiro presenciar noticiários e discursos por parte de certos segmentos da sociedade, principalmente após episódios que chocam profundamente pela gravidade do crime, com cunho eminentemente agressivo e sensacionalista, onde o mal da comunidade estaria depositado na figura do criminoso, e este deveria ser banido da sociedade eternamente.

Infelizmente, grande parte da sociedade, amedrontada pelo elevado índice de criminalidade, induz-se com discursos políticos oportunistas e falaciosos, cujo pensamento retrata ideias em tom de clamor da “defesa da sociedade” a qualquer custo. Por isso, é fácil presenciar ideias sobre a implantação de pena de morte ou outras espécies de penas tais como a perpétua ou as cruéis, traduzindo um retrocesso aos tempos remotos da aplicação dos esquartejamentos e mutilações como legítima sanção penal.

A esfera pública por sua vez, não tem conseguido enfrentar com efetividade o problema carcerário, demonstrando enorme dificuldade em implantar na prática as disposições contidas nas legislações que versam sobre o tema. Aliás, muitas vezes é o próprio Estado que acaba infringindo a lei, criando verdadeiros monstros dentro das prisões.

2 DAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

A Lei de Execução Penal prevê que as penitenciárias são estabelecimentos penais destinados aos condenados à pena de reclusão em regime fechado, devendo estes serem alojados em celas individuais que contenham dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Todavia, é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal

maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir.

Nas lições de Rogério Greco (2007, p.97)

(...) existem penitenciárias, principalmente nos Estados Unidos e na Espanha, que procuram seguir tais requisitos básicos acima mencionados, a exemplo do Centro Penitenciário de Topos, localizado entre as províncias de Zamora e Salamarca, na Espanha, que é considerado modelo de sistema a ser observado pelos demais, tendo com toda certeza, uma probabilidade muito maior de propiciar ao indivíduo que cometeu uma infração penal o retorno ao convívio social, sem o estigma que normalmente aflige o egresso, ou seja, aquele que já cumpriu sua pena e que pretende readaptar-se à sociedade da qual foi retirado.

No que se refere as penitenciárias femininas serão adotadas algumas peculiaridades quanto existir gestantes e parturientes, conforme expõe o artigo 82, §§ 2 e 3, da Lei 7.210 de 11 de junho de 1984. abaixo:

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

No artigo 90 da Lei de Execuções Penais determina que as penitenciárias de homens serão construídas em local do centro urbano à distância que não restrinja a visitação.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Ocorre que para o Norberto Cláudio (2014, p. 178) a realidade carcerária é bem diferente:

Infelizmente, no Brasil a realidade carcerária corre à revelia dessa normatização, caracterizando-se muitas de nossas penitenciárias como ambientes absolutamente insalubres, onde se concentram, na mesma cela, número de presos superior à sua capacidade, prejudicando sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade. Consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso é a criação de ambiente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, bem sabemos, atinge níveis alarmantes no país.

Portanto, a maioria das penitenciárias brasileiras estão bem distante dos modelos e das funcionalidades expressas nas legislações vigentes, uma vez que afronta importantes princípios, a integridade física e moral, tornando um ambiente totalmente insalubre e desumano para o convívio e a ressocialização do preso.

3 DIRETOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

A Constituição Republicana Federativa do Brasil, reservou 32 incisos do artigo 5º os quais tratam das garantias fundamentais de proteção do homem preso.

Em 11 de junho de 1984, foi sancionada a Lei de Execução Penal Brasileira, tendo em vista que esta lei no artigo 41, incisos I a XV, o qual dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantido são sentenciados no decorrer da execução penal.

Na esfera legislativa, o estatuto executivo penal é tido como um dos mais avançados e democrático já existentes no Brasil. Tendo em vista, que este se baseia na ideia que a pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da

humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade.

Existem várias convenções, ONGs (Organizações não Governamentais) e estatutos que lutam e reivindicam os direitos dos detentos, observando neles sujeitos pelos quais devem pagar suas dívidas para com a sociedade, mas que o Estado ao tutelar a sua liberdade, deve fornecer todos os subsídios e as devidas condições para que aquele cidadão seja reeducado e posteriormente inserido na sociedade de forma digna, estas devem ser as metas prioritárias e superiores a punição dos delitos cometidos.

Entretanto a realidade é outra, como expõe Hungria Muakad(1998, p 21):

Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam as regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incitarem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro.

O que tem ocorrido na prática é a constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito à liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno à sociedade.

Nas prisões outras garantias são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões

geralmente partem tanto de outros presos como dos próprios agente da administração prisional.

O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter as rebeliões carcerárias somente por meio da violência, comentando vários abusos e impondo aos presos uma espécie de “disciplina carcerária” que não está prevista em lei, sendo que na maioria das vezes esses acabam permanecendo impunes.

Entre os próprios presos a prática de atos violentos e a impunidade ocorrem de forma ainda mais acentuada. A ocorrência de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são uma prática comum por parte dos presos que já estão mais “criminalizados” dentro da prisão, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela. Contribui para esse quadro o fato de não serem separados os presos reincidentes sentenciados a longas penas dos condenados primários.

Outra violação contra a dignidade da pessoa humana é a demora em se conceder benefícios àqueles que já podem receber progressão de regime ou de serem colocados em liberdade os presos que já saldaram o cômputo de sua pena. Essa situação decorre da própria negligência e ineficiência dos órgãos responsáveis pela execução penal, o que constitui-se num constrangimento ilegal por parte dessas autoridades, e que podem ensejar inclusive uma responsabilidade civil por parte do Estado pelo fato de manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal.

Somam-se a essa violação dos direitos dos presos que estão cumprindo pena nos distritos policiais (devido à falta de vagas nas penitenciárias), que são estabelecimentos inadequados para essa finalidade, assim são usurpados vários de seus direitos, dentre eles o de trabalhar, podendo ter sua pena remida, e também de auferir uma determinada renda e ainda evitar que venham a perder sua capacidade laborativa.

Portanto, garantir os direitos dos presos, prevista na Carta Magna, Leis e Tratados Internacionais é uma responsabilidade do Estado, tendo em vista que a restrição da liberdade não é tornar as penitenciárias um ambiente agradável e cômodo ao seu convívio, mas deve oferecer as mínimas condições para que o

preso possa ser reincido na sociedade, não podendo haver qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

4 DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

A crise no sistema penitenciário está relacionada com a superlotação dos estabelecimentos, desse modo existem um conjunto de fatores para chegar a esse resultado, que são eles, o aumento de prisões efetuadas durante os últimos anos, o atraso do Poder Judiciário no julgamento dos processos, e o descaso do Estado na implantação de medidas que auxiliem a reintegração do preso na sociedade.

Segundo dados do Ministério da Justiça:

“O número de pessoas presas no Brasil cresceu mais de 6% nas últimas décadas, intensificando uma tendência que fez do Brasil um dos três países do mundo com maior aumento da população carcerária nas últimas duas décadas. O número total de presos em penitenciárias e delegacias brasileiras possuem em média 622.202 presos. Desde de o ano de 2000, o Brasil ganhou 389.477 presos, um aumento de 167%. O número de vagas em presídios não acompanhou essa expansão, uma vez que, faltam 250.318 vagas no sistema penitenciário.

Atualmente o Brasil é a 4ª maior população de presos do planeta, segundo o estudo do Ministério da Justiça. Só Estado Unidos, Rússia e China têm mais presidiários que o Brasil. A população carcerária brasileira é a maior que a da Índia, tendo em vista que o país tem 1,2 bilhões de habitantes.

Assim, umas das principais consequências desse aumento de presos nas prisões é a sua superlotação, uma vez que novas vagas não são criadas na mesma velocidade que o aumento do número de presos.

O fracasso da progressão de regime devido à falta de assistência jurídica, a escassez de juízes para processar os pedidos e o número pequeno de colônias agrícolas, industriais e casa de albergados, contribui para a superlotação das

penitenciárias e cadeias públicas, que são obrigadas a abrigarem o detento até o aparecimento de alguma vaga no estabelecimento apropriado.

Como consequência disso tudo, surgem as rebeliões e greves nos estabelecimentos prisionais do país. Tais fatos são formas que os detentos utilizam para expressar seu protesto contra a sociedade e contra o sistema carcerário.

Assim, esses fatores geram além da superlotação dos estabelecimentos prisionais, um sentimento de revolta nos presos, causando sérios efeitos negativos dentro das prisões, e tornando assim praticamente impossível a tentativa da ressocialização.

5 PROBLEMAS ATUAIS DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

De início, fala-se do crônico problema da superlotação carcerária, presença inegável na maioria dos estabelecimentos prisionais do Brasil, atingindo, inclusive, escala de ordem global. Para muitos, a superlotação é tão grave que é conhecida como uma forma de tortura, talvez a pior de todas as deficiências dos sistemas penitenciários do Brasil.

Nesse sentido, Loïc Wacquant (2001, p. 11), analisa de perto a situação caótica brasileira que a superlotação ocasiona:

(...) Nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de “amarelos”.

É inegável que o alto número de presos condenados, as vezes maior que o triplo da capacidade do presídio, se traduz como o pior problema existente no sistema penitenciário brasileiro, eis que acarreta ainda outros problemas a ele intimamente ligados, tais como alimentação precária, falta de higiene e a violência física e sexual.

Inicialmente, cumpre relatar o resumo das características atuais do sistema prisional brasileiro escrito por Marcos Rolim, citado pelo professor Arthur de Brito Gueiros Souza, onde se poderá observar a presença marcante da expressão “inexistência”:

1) *Inexistência* de um processo de individualização das penas, condicionada, em larga medida, pela circunstância objetiva da superlotação das casas prisionais; 2) ausência de procedimentos padronizados de administração prisional, tratamento dos presos e gerenciamento das crises; 3) condições degradantes de carceragem em todo o país, destacadamente, no que se refere á habitabilidade, higiene, alimentação e saúde; 4) ociosidade geral dos encarcerado contratada por projetos marginais e precários de educação e de trabalho não profissionalizante; 5) *Inexistência* de garantias mínimas e exposição sistemática dos condenados às mais variadas possibilidades de violência por parte dos demais presos e por parte de funcionários do sistema; 6) Omissões sistemáticas por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público no enfrentamento da crise penitenciária e na montagem de estruturas efetivas de fiscalizações; condições irrazoáveis e inseguras de trabalho para os próprios funcionários do sistema, em geral, despreparados em mal pagos; 8) corrupção disseminada no sistema a partir da venda de direitos, tráfico de drogas, introdução ilegal de vantagens e privilégios, desvio de alimentos e de outros recursos e co – produção e agenciamento do crime; 9) regimes disciplinares rigorosos e ineficientes, que agravam arbitrariamente a execução penal e promovem tensionamentos desnecessários nas instituições; 10) *inexistência* de mecanismos de queixa e processamento de denúncias realizadas por internos e familiares; 11) *inexistência* de mecanismos de fiscalização independentes e sistemáticos das instituições prisionais; 12) *inexistência* de recursos elementares de segurança

como, por exemplo, detectores de metais, na grande maioria das casas prisionais; 13) tratamento inadequado e normalmente ilegal e abusivo na revista de familiares de apenados quando das visitas as instituições; 14) *inexistência* de assessoria jurídica aos condenados e dificuldades extraordinárias para a obtenção de benefícios legais na execução, agravadas pela *inexistência* ou precariedade da Defensoria Pública nos Estados; 15) assistência médica e odontológica praticamente inexistentes ou oferecidas de forma rudimentar, precária e assistemática; 16) elevado índice de morbidade nas prisões; 17) indicadores elevados de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis (HIV- AIDS) e de casos de tuberculose, entre inúmeras outras doenças.

Todos esses problemas, além da frágil estrutura física dos espaços carcerários e da disseminação das drogas e dos aparelhos celulares, são realidade facilmente perceptíveis nos presídios das grandes cidades brasileiras, sem mencionar a caótica situação das Delegacias de Polícia.

O ócio ou a inatividade forçada entre os condenados é também uma problemática grave e corriqueira na execução da pena privativa de liberdade nas penitenciárias brasileiras, fato considerado ainda mais grave ao se visualizar a legislação executiva penal do Brasil e ratificar que o trabalho deveria ser proporcionado ao preso como meio educador e produtivo e de condição de dignidade humana. Por outro lado, quando se constata que existe trabalho, este então é desenvolvido sob condições deficientes, ou é apenas posto à disposição a pouquíssimos indivíduos.

Outro problema crônico é a presença de atos violentos no interior dos estabelecimentos penitenciários, inclusive sob a forma de torturas e assassinatos, seja como meio de se impor a força estatal, seja como forma punitiva em desrespeito às normas internas dos presos.

Aliás, mais preocupante ainda é a violência sexual manifestada no interior das prisões, isto porque muito se ignora em tratar a atividade sexual como

condição elementar e benéfica à saúde do ser humano, não existindo atenção e cuidado maior para com a mesma.

No que diz respeito ao alto número de reincidentes que passam por uma pena privativa de liberdade, isso só faz reforçar ainda mais a compreensão de que a prisão se reveste como fator criminógeno.

Para o escritor Evandro Silva (1991, p.40):

No que diz respeito ao elevado número de reincidentes que passam por uma pena privativa de liberdade, isso só faz reforçar ainda mais a compreensão de que a prisão se reverte como fator criminógeno. De fato, não é demais lembrar que a cadeia é uma fábrica de delinquentes, e, grande parte da sociedade, quando os presos retornam finalmente à vida livre, repudia –os e repele-os.

A cerca dos problemas psicológicos existentes nas penitenciárias, vale dizer que a prisionização, segundo Bitencourt (2004, p. 202):

É efeito mais “importante” que o cárcere produz no recluso. Trata-se de uma espécie de aculturação, de normas ou formas de vida que o interno se adapta, pois não tem alternativa. Normalmente, são formas de vida diametralmente opostas ao sistema de valores arraigado na sociedade externa, as quais tendem a dificultar extremamente o alcance do objetivo da reintegração social do preso.

Convém ressaltar que a saúde mental daqueles que participam do ambiente carcerário que não os reclusos, tais como agentes penitenciários, médicos, psicólogos, assistentes sociais e pessoal do setor administrativo acaba sendo tão perturbada e comprometida como a dos presos. Isto ocorre porque o cárcere, inegavelmente, é uma comunidade de frustrações, que se estende a todos aqueles que dele participam, direta ou indiretamente.

E essa triste realidade de encarcerar pessoas dos setores sociais menos favorecidos e de quociente intelectual mais baixo retrata fielmente um outro

objetivo pretendido pela sociedade, de uma forma geral, através da pena segregada da comunidade esses indivíduos não adaptados á competição que ela própria impõe.

A pena de prisão, nesse mesmo entendimento, serviria igualmente com o propósito de retirar do meio social pessoas tidas como extremamente perigosas, que não pertencem aos padrão de vida de uma pessoa comum, e assim, são qualificadas como bandidos e indigentes, seja por cometer delito de furto por um pote de manteiga, seja por dormir em praças ou utilizar entorpecentes para sustentar o vício das drogas.

Posto isso, é incrível o número de casos levados corriqueiramente aos Tribunais Superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF), envolvendo meros furtos de bagatela, como subtração tentada de uma calota de veículos, furtos de fios de cobres no valor de R\$ 14,80. Assim vejamos algumas jurisprudências que relatam sobre meros furtos:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDOTA DO AGENTE. FURTO INSIGNIFICANTE E FURTO DE PEQUENO VALOR. DISTINÇÃO. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. II – Embora o valor do bem furtado possa, à primeira vista, parecer pouco expressivo (R\$ 200,00), à época dos fatos correspondia a quase 50% do salário mínimo vigente, o que não pode ser considerado ínfimo. Deve-se destacar, também, que, para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. III – Inere-se dos autos que o paciente, aproveitando-se do período noturno, adentrou o pátio da empresa e subtraiu uma bateria de

retroescavadeira, sendo preso, apenas, por ter oferecido a res furtiva a um terceiro, que desconfiou do baixo preço da mercadoria e comunicou o fato à Brigada Militar. IV – Impossível o reconhecimento do delito de bagatela, porquanto a conduta narrada reveste-se de significativa reprovabilidade, o que demonstra a necessidade da tutela penal. V – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática de pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. VI – Convém distinguir, ainda, a figura do furto insignificante daquele de pequeno valor. O primeiro, como é cediço, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta, ante a aplicação do princípio da insignificância. Já no que tange à coisa de pequeno valor, criou o legislador a causa de diminuição referente ao furto privilegiado, prevista no art. 155 , § 2. Data de publicação: 17/05/2012 STF - HABEAS CORPUS HC 111331 RS (STF).

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 3 (TRÊS) MESES - PRAZOS COM RIGORES MITIGADOS - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS MEMORIAIS FINAIS PELA ACUSAÇÃO - SUPERAÇÃO DO EVENTUAL ELASTÉRIO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 52 DO C. STJ - PRETENDIDA NULIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR ANTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA - IMPOSSIBILIDADE - NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PEQUENEZ DO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO EM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO DA VÍTIMA -

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. 1. Os prazos para o encerramento da instrução criminal não devem ser computados com radicalismo e nem isoladamente, mas de forma conjuntural e em observância ao princípio constitucional da razoabilidade, pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o descumprimento desses prazos não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, máxime quando o feito já se encontra com a instrução encerrada e aguardando apenas a apresentação dos memoriais finais. Inteligência da Súmula nº 52 do c. STJ. 2. Para a aplicação do princípio da insignificância, deve-se ter em conta a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, a qual deverá ser aferida comparativamente ao patrimônio da vítima, e não tomando-se em consideração o valor de mercado do bem subtraído. 3. Constrangimento ilegal não demonstrado. Ordem denegada. (HC 45166/2010, DR. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 08/06/2010, Publicado no DJE 23/06/2010)

Sendo assim, já pode verificar o tamanho do caos que assola o sistema prisional e, principalmente, a fiel e correta execução da pena privativa de liberdade nas penitenciárias das grandes cidades brasileiras, necessitando, urgentemente, de alternativas e soluções para a presente problemática.

6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES E ALTERNATIVAS FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

É sabido que o sistema penitenciário brasileiro passa por uma profunda crise, uma vez que o poder público não consegue colocar em efetividade os objetivos traçados pela utópica Lei de Execuções Penais.

Em razão de todos os problemas presentes nas penitenciárias brasileiras, os quais podem ser percebidos em cárceres de muitos outros países, logo se compreende que a busca de soluções para erradicar, ou pelo menos reduzir o caos instalado, é uma grande missão do Estado e daqueles interessados no assunto.

Os Pactos Internacionais também disciplinam normativos brilhantes afins de combater essa crise no que se refere a execução penal, sobre tudo o contínuo respeito aos direitos fundamentais e a proibição de tratamento cruel e contrário ao princípio da dignidade humana. Contudo passam de algumas presunções legais, uma vez que não são cumpridos como efetivamente se pretendia.

Conforme Claus Roxin,(1993, p. 45):

Logicamente, não se pode pretender acabar com todos os problemas surgidos no sistema prisional com apenas declarações de comportamentos e condutas que devem seguir os agentes envolvidos neste contexto. É preciso que se tome consciência da importância da resolução racional e efetiva da questão referente aos presos, posto que se refere também à própria sociedade.

Isto é, a busca de soluções somente pode lograr êxito quando todos os Poderes juntamente com todos os entes políticos da Federação unirem para debaterem sobre o tema, chegando a uma solução possível de ser resolvida.

MAIA (1998, p. 238) analisa que o fundamental “não é a construção de mais presídios, mas sim a de usar a prisão ou a pena privativa de liberdade com mais racionalidade, ou seja, como *ultima ratio* das medidas repressivas estatais. ”

Nesse sentido, muitos autores sustentam que atualmente o direito penal deve se balizar sobretudo pelo princípio da mínima intervenção e pelo seu caráter subsidiário, os quais decorrem do *superprincípio* da dignidade humana.

No que se trata da intervenção mínima, o jurista e escritor Fernando Capez (2005, p.21-22) afirma:

Compreende-se que a intervenção mínima cuida de determinar aos seus destinatários certos comportamentos imprescindíveis para a justa aplicação do direito: de um lado, o legislador cabe se abster de incriminar qualquer (descriminalização); de outro lado, ao interpretar das normas penais incumbe a função de analisar se determinada situação pode ser resolvida com a atuação de outros ramos da ciência jurídica, como por exemplo, na esfera cível ou na administrativa (diversificação), e a pena, assim, será evitada o máximo possível, apenas incidindo quando evidentemente se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico (despenalização).

HERKENHOFF(1995, p. 36), destaca a “importância da redução drástica do aprisionamento como forma eficaz de diminuição da violência da prisão”, uma vez que constatada a influência negativa desta sobre o recluso.

Entretanto para Damásio de Jesus (2000, p.30-31):

As vantagens decorrentes da aplicação das penas alternativas, bem como suas desvantagens, foram analisadas detalhadamente por Damásio de Jesus. Fica bem evidenciado que os pontos positivos superam os negativos, os quais ainda são sustentados por uma pequena parte da doutrina. Sobre as vantagens, cabe relevar que as penas alternativas: a) Evitam a aplicação da pena privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo; b) diminuem o custo do sistema repressivo; c) permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do preso; d) não afastam o condenado do convívio com sua família ou comunidade, tampouco de suas responsabilidades; e) afastam o preso do contato com outros delinquentes; e) reduzem o número de reincidência.

Portanto nesse sentido, compreende-se que a aplicação das penas alternativas representa um grande avanço para diminuir o índice de autores de infrações submetidos à pena privativa de liberdade, e, por via de consequência, aos efeitos nefastos que a prisão acarreta aos sujeitos, conseguindo num maior grau a busca pela efetivação do objetivo precípua da LEP (qual seja, a reintegração social do preso).

Todavia, a sociedade ainda acredita que essas penas alternativas à prisão se tratam verdadeiramente de um estímulo à impunidade. E é essa questão que se deve focar durante os debates sobre a eficácia das penas alternativas, mostrando à opinião pública que tais alternativas consistem num modelo substitutivo de punição, concentrada principalmente na reintegração do apenado mediante sua não exclusão da comunidade, do seio familiar e das responsabilidades que detém.

Além disso, percebe-se igualmente o fundamental papel que o princípio da insignificância – que está intimamente ligado à intervenção mínima e ao caráter subsidiário do direito penal – tem desempenhado nos diferentes casos apresentados aos intérpretes do direito. De fato, muitas vezes são incriminadas pessoas por condutas que são incapazes de atingir o bem jurídico protegido pela norma penal, o que, indubitavelmente, não pode prosperar, eis que a insignificância da lesão jurídica deve ser considerada atípica. A esse respeito, cabe frisar os requisitos consolidados pela jurisprudência do STF para a aplicação do princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim, todo ser humano possui a dignidade que lhe é inerente e indissociável como qualidade que o faz merecedor do respeito e consideração da comunidade e do Estado. Nenhuma pessoa pode ser abdicada desta qualidade, a qual implica ainda um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe asseguram contra qualquer ato desumano ou degradante. Além disso, ela apresenta como garantia às condições mínimas existenciais, bem como à participação ativa na vida em sociedade.

Dessa forma, aos presos também vigoram todos os direitos, faculdades e poderes decorrentes do postulado da dignidade da pessoa humana. Mesmo para aqueles sujeitos “ mais perigosos” da sociedade não deve existir óbice algum para

a irradiação dos efeitos deste princípio, conforme ensinamento de Julio Fabbrini (1997, p. 43):

[...] o condenado continua sendo uma pessoa, cujo status é de condenado, em uma situação reconhecida pelo direito objetivo da qual decorrem direitos e deveres. [...] O condenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, com exceção, naturalmente, daqueles cuja privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta.

Por fim, ao se apresentar as possíveis soluções para diminuição da crise no sistema penitenciário, o papel do magistrado é fundamental, uma vez que este tem o dever julgar aplicando ou não a condenação do acusado. Posto isso, o julgador deve-se ter sempre em mente os propósitos que a pena possui no sistema penal, ou seja, em consideração a legislação brasileira, a pena deve ser suficiente e necessária à reprovação e prevenção do crime (art.59, Código Penal), e nesse sentido o juiz deve se pautar, sem se olvidar, em nenhum momento, dos importantes princípios adotados, explícita ou implicitamente, pelo legislador pátrio, tais como o da humanidade das penas e o da dignidade da pessoa humana.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado durante todo o trabalho a maioria do sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação desumana e de total abandono. Não atendendo a sua finalidade, tornou-se uma grande escola do crime, onde os presos que praticaram crimes mais leves são recrutados para a prática de crimes maiores em busca de respeito e vantagens matérias ou até mesmo movidos pela coação através de ameaças.

A crise e falência do sistema penitenciário brasileiro normalmente é tratada pela perspectiva exclusiva da segurança pública e não como um problema social.

É possível analisar as principais deficiências e problemas no sistema carcerário atualmente, uma vez que estes são elencados por diversos escritores em suas literaturas, a superlotação, o elevado índice de reincidência, a ociosidade ou inatividade forçada, as péssimas condições de higiene, grande consumo de drogas e bebidas, o não acesso a assistência jurídica e de atendimento médico,

dentário e psicológico aos reclusos, ambiente propício à violência física e sexual, por fim os efeitos sociológicos e psicológicos negativos produzidos pela prisão.

Assim diante de tanto problemas e mazelas sociais vividas dentro das penitenciárias, o poder público juntamente com a sociedade deve enfrentar de forma digna os problemas sociais mais graves dentro do país, como a crescente criminalidade, a desigualdade social e a má distribuição de renda, que está interligada com esse elevado índice de aprisionamento.

Se caso o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema de segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se.

Desse modo, todo ser humano possui a dignidade que lhe é inerente e indissociável como qualidade que o faz merecedor do respeito e consideração da comunidade e do Estado. Nenhum ser humano pode ser abdicado desta qualidade, a qual implica ainda um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe asseguram contra qualquer ato desumano ou degradante.

Dessa forma, aos presos também vigoram todos os direitos, faculdades e poderes decorrentes do postulado da dignidade da pessoa humana. Até mesmo para aqueles sujeitos “mais perigosos” da sociedade não deve existir óbice algum para o cumprimento desses princípios.

Portanto, no que trata a execução penal brasileira deve ser reinterpretada por todos os poderes públicos e a pela sociedade, sob um enfoque moderno e humanista, aproximando-se dos postulados afirmados pelo movimento neoconstitucionalismo, notadamente tendo como norte máximo a dignidade humana. Não podendo olvidar dos direitos fundamentais dos presos expressos nos importantes tratados internacionais, nas leis e em especial na Constituição Republicana Federativa Brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. - 1. ed. - São Paulo : Forense, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.BRASIL, Manual. **Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília**. 2 ed. Revista ampliada – Brasília: [s.n],2008. Disponível em http://www.catolica-to.edu.br/portal/portal/downloads/docs/direito-tcc_ucb.pdf. Acesso em 03 de março, 25, 28 de abril de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**. * ed.rev. e atual. De acordo com as Leis n. 10.741/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 38. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HERKENHOFF, João Batista. **Ninguém é irrecuperável**. A Gazeta. Vitória, 29 fev. 2008, p. 03.

HUNGRIA apud MUAKAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 21.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas: anotações à Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: Lei de Execução Penal**, Lei nº 7.210/84. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro – a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMALHO, José Ricardo. **O mundo do crime: a ordem pelo avesso**. 3. ed. São Paulo, IBCCRIM, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

RODRIGUES, Fernando. **Número de presos Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>. Acesso em: 16 de março de 2017.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello (org.). **Sistema penal para o terceiro milênio** (atos do Colóquio Marc Ancel). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2008.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WASSERMANN, Rogerio. **Número de presos explode no Brasil e gera superlotação**

depresídios. Disponível: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121222_6_presos_brasil_aumento_rw.shtml . Acesso em 04 de abril de 2017.

NOTA:

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNITINS. Professor da Faculdade Católica do Tocantins. Email: msn@globocom.com; orientador do presente artigo da Faculdade Católica do Tocantins;

RECURSO ORDINÁRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

LUIZ HENRIQUE DE PAULA SOUZA:
Bacharelado do Curso de Graduação
em Direito da Universidade Brasil,
Campus de Fernandópolis.

Prof. Me. **Rodrigo Freschi Bertolo** [1]
(Orientador)

RESUMO: O Estado por meio da justiça do trabalho dirime diariamente lides envolvendo empregado e empregador. Neste embate entre as partes, o Estado realiza imparcialmente a sua função jurisdicional, de dizer qual é o direito que assiste a cada parte. No entanto, nos mais das vezes, o resultado desse imbróglio pode gerar um sentimento de inconformismo a uma ou a ambas as partes. Portanto, é nesse momento que o Recurso Ordinário realizando o duplo grau de jurisdição, assegura a ambas as partes uma análise mais profunda do mesmo caso, agora por um órgão colegiado mais experiente, para que nenhum dos litigantes se sinta prejudicado ou com o sentimento de injustiça.

Palavras-chave: Inconformismo; Recurso Ordinário, Justiça do Trabalho; Duplo Grau de Jurisdição.

ABSTRACT: The State through the labor court invalidates daily chores involving employee and employer. In this confrontation between the parties, the State performs its judicial function impartially, to tell which is the right of each party. However, in most cases, the outcome of this imbroglio can generate a feeling of discontent to one or both parties. So this is where ordinary appeal performing the double jurisdiction, ensures both parties a deeper analysis of the same case now for a collegiate body savvy, so neither party feels wronged or sense of injustice.

Keywords: nonconformity; ordinary resource, the Labour Court; Double Degree Jurisdiction.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. TEORIA GERAL DOS RECURSOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1.1 CONCEITO DE RECURSO. 1.2 NATUREZA JURÍDICA. 1.3 PRINCIPIOS QUE ORIENTAM O PROCESSO DO TRABALHO. 1.3.1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1.3.2 VIGÊNCIA

IMEDIATA DA LEI NOVA. .3.3 CONCENTRAÇÃO DOS RECURSOS. 1.3.4 FUNGIBILIDADE RECURSAL. 1.3.5 UNIRRECORRIBILIDADE. 1.3.6 PROTEÇÃO. 1.3.7 DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*. 1.3.8 VOLUNTARIEDADE. 2. DO RECURSO ORDINÁRIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 2.1 CONCEITO. 2.2 CABIMENTO. 2.3 FORMA DE INTERPOSIÇÃO. 2.3.1 DA APLICABILIDADE DO ART. 1007 DO CPC. 2.4 PROCEDIMENTO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Justiça do trabalho é uma das mais belas máquinas do judiciário brasileiro, que tem por escopo proteger os direitos da classe trabalhadora, sem distinção de raça, cor, sexo ou idade. Esta justiça especializada teve sua competência material acrescida pela Emenda Constitucional de nº. 45, passando a tratar sobre os conflitos suscitados das relações do trabalho e não mais apenas os conflitos entre empregadores e empregados. Assim, com a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal e a consequente expansão da competência material da justiça do trabalhador, hoje é possível que outras matérias antes discutidas somente na justiça comum.

Visto a importância dessa Justiça e das suas decisões, fora preciso se ater aos possíveis sentimentos de insatisfação e indignação das partes, em relação ao julgamento da pretensão. Muito que bem, já prevendo tudo isso, a Justiça do Trabalho tratou-se de fornecer a ambas as partes, empregado e empregador, um mecanismo para a solução desses sentimentos de injustiça e insegurança jurídica, com o chamado Recurso Ordinário.

Dessa maneira, o Recurso Ordinário ficou com a incumbência de levar ao Tribunal a matéria indeferida pelo juízo monocrático, na qual a turma de julgadores colegiada fazem a análise do julgado, podendo manter ou reformar por inteiro ou em parte a decisão do juiz singular. Portanto, além de dar maior segurança jurídica e certeza de justiça a ambas as partes, o Recurso Ordinário coloca em ação o princípio do duplo grau de jurisdição assegurado constitucionalmente. Com efeito, deve-se analisar e compreender os princípios do processo do trabalho a qual o Recurso Ordinário se submete.

Da mesma forma, verificamos os pressupostos de admissibilidade recursal, para o seu devido processamento e possível provimento, bem como alguns aspectos formais do Recurso Ordinário. Para tal pesquisa, fundará informações em livros de doutrinadores renomados, bem como artigos de Lei, Súmulas e jurisprudências de vários Tribunais Regionais e Superiores do Trabalho.

1 TEORIA GERAL DOS RECURSOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.1 CONCEITO DE RECURSO

Recurso “é um meio de impugnação dos atos do juiz, classificados como sentenças judiciais, por meio do qual a parte, que sucumbiu em determinada pretensão deduzida em juízo [...] dispõe para alterar ou anular, total ou parcialmente, o seu conteúdo”. (CAIRO JUNIOR, 2012, p. 612). Para o ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins (2011, p. 393) “recurso é o meio processual estabelecido para provocar o reexame de determinada decisão jurídica, visando à obtenção de sua reforma ou modificação”.

Ensina-nos Carlos Henrique Leite Bezerra (2005, p. 490), que recurso “é um direito assegurado por lei para que a(s) parte(s), o terceiro juridicamente interessado ou Ministério Público possam provocar o reexame da decisão proferida na mesma relação jurídica processual, retardando, assim, a formação da coisa julgada”. Teixeira Filho (1991, p. 66), conceitua recurso como:

[...] o direito que a parte vencida ou terceiro possui de, na mesma relação processual, e atendidos os pressupostos de admissibilidade, submeter a matéria contida na decisão recorrida a reexame, pelo mesmo órgão prolator ou por órgão distinto e hierarquicamente superior, com o objetivo de anulá-la, ou de reformá-la, total ou parcialmente.

Assim, Nascimento (2002, p. 491), disciplina que “recursos constituem um instrumento assegurado aos interessados para que, sempre que vencidos, possam pedir aos órgãos jurisdicionais um novo pronunciamento sobre questão decidida”.

Segundo o doutrinador Renato Saraiva (2009, p. 510), “Recurso é a provocação do reexame de determinada decisão pela autoridade hierarquicamente superior, em regra, ou pela própria autoridade prolatora da decisão, objetivando a reforma ou modificação do julgado”.

Em suma os recursos são meios de impugnações voluntárias, concedidas sempre que uma das partes se sentir prejudicada pela decisão proferida, provocando assim um reexame da decisão outrora impugnada. Desta maneira a decisão impugnada poderá ser reformada, anulada, invalidada, e até mesmo integrada pelo órgão judicial superior.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO RECURSO

Para Jorge Neto e Cavalcante (2007, p.154), o recurso:

“é um desdobramento do direito de ação, na medida em que interposto, como instituto processual, dentro da mesma relação jurídica processual e observados os seus pressupostos de admissibilidade, satisfaz a necessidade do homem quanto ao reexame da decisão que lhe foi prejudicial, além da segurança das decisões judiciais”.

A doutrina majoritária tem entendido que a natureza jurídica dos recursos, seria a continuidade do exercício do direito de ação.

1.3. PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM O PROCESSO DO TRABALHO

1.3.1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição “*due process of law*”, é um dos princípios mais importantes do direito brasileiro, tendo previsão no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, onde, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para Theodoro Junior (2006, p. 32), “Desse princípio decorre a necessidade de órgãos judiciais de competência hierárquica diferente: os de primeiro grau e os de segundo grau. Os primeiros são os juízos da causa e os segundos, os juízos dos recursos”.

A aplicação desse princípio no processo trabalhista segundo o doutrinador Isis de Almeida (2002, p. 79), “[...] sofre uma restrição relativamente às chamadas reclamações de alçada, isto é, aquelas cujo valor, fixado no pedido ou arbitrado pelo juiz quando de valor indeterminado, seja igual ou inferior a dois valores de referências regionais”. Cairo Junior (2012, p. 614), nesse mesmo sentido prepondera que “as sentenças proferidas nas reclamações trabalhistas, cujo valor da causa não ultrapasse dois salários mínimos, são irrecorríveis [...] salvo se tratar de matéria constitucional”.

Para comprovarmos tal ensinamento vejamos o que dispõe o artigo 2º § 4º da lei nº. 5.584 de 1970, “Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerando, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação”.

Portanto, pode-se afirmar “que o princípio da recorribilidade é relativo, pois não se aplica àquelas decisões que não são consideradas de certa forma relevantes, assim definidas, expressamente, por cada ordenamento jurídico”. (CAIRO JUNIOR, 2012, p. 615).

Em suma o princípio do duplo grau de jurisdição preconiza que, as decisões judiciais são passíveis de conter erros, sendo certo que sua revisão por uma instância superior colegiada, diminuiria sem sombra de dúvidas as chances de erros decorrentes dos judiciários, garantindo aos cidadãos uma maior segurança jurídica as demandas trabalhistas.

1.3.2 VIGÊNCIA IMEDIATA DA LEI NOVA

Por força do princípio da vigência imediata da lei nova, verifica-se a aplicação da alteração legislativa imediatamente aos processos em trâmite. Assim, não há que se falar em direito adquirido a certo recurso, mas apenas o direito de recorrer contra uma decisão, por meio do recurso adequado e existente no momento da interposição.

Ademais, o recurso ordinário é regido de conforme a lei vigente no instante momento da prolação da decisão, na qual havendo alguma sucumbência a parte tem o direito de recorrer.

1.3.3 CONCENTRAÇÃO DOS RECURSOS OU IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

De acordo com o artigo 893, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho os incidentes processuais serão resolvidos pelo próprio juízo ou tribunal, todavia a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias ocorrerá em regra somente em recurso da decisão definitiva. Dessa maneira, a parte que pretender recorrer de uma decisão interlocutória, deverá aguardar até a próxima decisão definitiva e, no recurso cabível contra tal decisão em preliminar atacar a decisão interlocutória.

Insta salientar que, as decisões interlocutórias poderão ser recorridas de imediato, uma vez que, forem terminativas do feito. Porquanto, entenda-se decisão interlocutória terminativa do feito, a decisão que decide um incidente pondo fim ao processo na justiça do trabalho, para continuar tramitando por outro juízo.

Não obstante, a Súmula nº. 214 do Tribunal Superior do Trabalho, também admite a interposição imediata de recurso contra decisões interlocutórias quais sejam: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

Muito que bem, é cabível recurso ordinário no prazo de oito dias nos exemplos acima relatados.

1.3.4 FUNGIBILIDADE RECURSAL

Segundo Jorge Neto e Cavalcante (2007, p. 159/160), o termo fungibilidade, “representa a possibilidade de um recurso ser aceito em lugar de outro, desde que o fato da substituição não seja decorrência de erro grosseiro ou má fé”. Destarte, para ocorrer a aplicação do princípio da fungibilidade recursal é preciso haja: dúvida objetiva sobre qual recurso cabível; o ajuizamento do recurso errôneo no prazo do recurso cabível e correto, e a inocorrência de erro grosseiro.

Desta forma este importante princípio da fungibilidade “permite ao juiz receber determinado recurso, mesmo que tenha sido denominado com outra expressão, desde que estejam presentes os seus requisitos de admissibilidade extrínsecos e intrínsecos e que não represente erro grosseiro”. (CAIRO JUNIOR, 2012, p.613).

Destarte dizer, que o princípio da fungibilidade possibilita receber de um recurso ainda que incabível para atacar certa decisão, desde que haja dúvida doutrinária ou em via jurisprudencial a respeito do recurso adequado.

1.3.5 UNIRRECORRIBILIDADE

O princípio da unirrecorribilidade é também conhecido como princípio do recurso único que “obsta que a parte prejudicada possa interpor mais de um recurso para atacar uma mesma decisão, salvo se a lei assim o dispuser de forma expressa”. (CAIRO JUNIOR, 2012 p. 617). Sendo assim, não pode a parte interpor simultânea ou cumulativa de mais de um recurso em face do mesmo ato. Logo a parte terá a obrigação de atentar ao recurso adequado.

No entanto nos assegura Cairo Junior (2012, p. 617) “a possibilidade de acumularem-se os embargos declaratórios com outro recurso qualquer, uma vez que a interposição da primeira medida processual implica interrupção do prazo para o manejo do recurso principal”. Com efeito o princípio da unirrecorribilidade nos assevera que, não é cabível a interposição de mais de um recurso sobre a mesma decisão, exceto quando houver previsão legal.

1.3.6 PROTEÇÃO

Na seara da Justiça do Trabalho, o princípio da proteção é considerado o princípio mais importante por grande parte da doutrina majoritária trabalhista. Concomitantemente, como o único princípio específico do direito do trabalho, por meio do qual o Estado intercede nas relações entre empregado e empregador, agindo através de normas imperativas, com a finalidade de equilibrar proporcionalmente a presumida desigualdade econômica ao trabalhador. Criando assim, leis que deem uma maior segurança jurídica, e o devido respaldo aos direitos dos obreiros, que possam ser afetados durante as relações de trabalho.

Como exemplo da presença do princípio da proteção na justiça do trabalho, vem a calhar transcrever, o que brilhantemente nos ensina Sérgio Pinto Martins (2011, p. 41),:

[...], a gratuidade do processo, com a dispensa do pagamento das custas (§ 3º do art. 790 da CLT), beneficiando o empregado, nunca o empregador. O empregado não precisa pagar custas para ajuizar a ação. As custas são devidas pelo vencido. Da mesma forma, a assistência judiciária gratuita é concedida apenas ao empregado pelo sindicato e não ao empregador (Lei nº. 5.584/70). Em muitos casos, é invertido o ônus da prova ou são aceitas presunções que só favorecem o empregado, em nenhuma oportunidade o empregador. O impulso processual *ex officio*, determinado pelo juiz, na execução (art. 878 da CLT), no processo de alçada da Vara, beneficia o empregado. O arquivamento do processo do empregado (art. 844 da CLT) também não deixa de ser uma regra protecionista, impedindo que seja apresentada a contestação e proporcionando que o obreiro ingresse novamente com a ação. A ação, de forma geral, é proposta no último local em que o empregado trabalhou ou trabalha, de modo que possa ter melhores condições de prova e menores gastos (art. 651 da CLT). O empregador tem de fazer depósito recursal para poder recorrer, e não o empregado.

Deste modo, tanto no direito do trabalho quanto no processo do trabalho, as regras são interpretadas de maneira mais benéfica ao empregado, no caso de dúvida. Quanto ao processo do trabalho a proteção será analisada sob o âmbito do direito instrumental.

1.3.7 DA *NON REFORMATIO IN PEIUS*

Segundo os renomados juristas Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2007, p. 82), “a *non reformatio in peius* proíbe que, no julgamento de um recurso, o órgão judicante superior profira decisão mais

desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela da qual apelou”.

Em linhas gerais, “esse princípio não impede que o órgão julgador analise questões de ordem pública, como as condições da ação, ou matérias que podem ser expressamente conhecidas de ofício (prescrição e decadência)”. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2007, p. 166).

1.3.8 VOLUNTARIEDADE

O recurso é um meio voluntário que poderá ser utilizado ou não pela parte sucumbente. O princípio da inércia consagrado no artigo 2º do Código de Processo Civil, nos ensina que o processo iniciará por iniciativa da parte ao passo que se desenvolverá por impulso oficial, salvo as exceções legais.

Em suma, o juiz somente prestará tutela jurisdicional quando for acionado por uma ou ambas as partes que tenham interesse na demanda.

2 DO RECURSO ORDINÁRIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

2.1 CONCEITO

O recurso ordinário constitui um meio hábil a assegurar a parte vencida, a facultatividade de postular aos órgãos jurisdicionados um novo pronunciamento acerca da questão decidida. Ou seja, é um instrumento para impugnar as decisões de primeiro grau, sejam elas definitivas (mérito) ou terminativas (quando não apreciam o mérito), segundo a doutrina majoritária.

O recurso ordinário segundo Cairo Junior (2012, p. 644):

“é aquele destinado a impugnar as sentenças eivadas de *error in iudicando* ou *error in procedendo*, desde que proferidas pelos juízes ou Tribunais do Trabalho no exercício de sua competência originária em processos de conhecimento, com ou sem a resolução do mérito da causa”.

Destarte que, o recurso ordinário tem grande semelhança com a apelação utilizada no juízo civil, sendo sem sombra de dúvida, o mais amplo dos recursos do processo trabalhista. Além disso, o recurso ordinário é um recurso voluntário, podendo a parte utilizar desse remédio ou não.

2.2 CABIMENTO

O recurso ordinário está regulado no artigo 895 da Consolidação das Leis do Trabalho. Por seu turno as decisões definitivas são aquelas decisões onde o juiz acolhe ou recusa o pedido do autor pondo um fim no processo dentro da vara. São as decisões que podem decidir ou não o mérito da causa, como por exemplo, a decisão de indeferimento da petição inicial (CPC, art.485, I). As decisões terminativas são aquelas decisões que põem fim ao processo, sem julgar o mérito da causa, como por exemplo, da exceção de incompetência relativa em razão do local.

Outrossim, das decisões de mérito da Vara, caberá recurso ordinário: a) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção (art. 487, I, do CPC); b) quando o juiz decidir de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição (art. 487, II); c) quando o juiz homologar: 1) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; 2) a transação; 3) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção (art. 487, III, do CPC).

Muito que bem, da decisão que homologa o acordo entres as partes, não caberá recurso ordinário, pois tal decisão é irrecorrível, conforme reza o artigo 831, parágrafo único da Consolidação das leis do Trabalho.

Vale lembrar que, também caberá recurso ordinário, das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme aduz o artigo 895, II da CLT, em ações de sua competência originária quais sejam: a) ação rescisória; b) dissídios coletivos; c) mandado de segurança; d) habeas corpus; e) habeas data; f) das decisões que aplicam penalidades aos servidores da justiça do trabalho.

2.3 FORMA DE INTERPOSIÇÃO

Em relação à forma de interposição, temos que em regra os recursos trabalhistas serão interpostos por intermédio de uma simples petição com consequente efeito devolutivo, salvo as exceções previstas, já que rege a celeridade no processo, permitindo a execução provisória até a penhora, conforme assevera o art. 899 da CLT.

Sendo assim, é possível haver a interposição do recurso ordinário por simples petição sem fundamentação, apenas com o pedido de reforma do julgado. Vale ponderar que, o recurso pode até mesmo ser interposto oralmente, sendo imprescindível a posterior redução a termo.

2.3.1 DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.007 DO CPC

Em decorrência do vigor do novo Código de Processo Civil, tal diploma incluiu de forma material a possibilidade de sanar o vício quanto à dúvida no recolhimento das custas, evitando-se a pena de deserção, confirmando o entendimento que primordialmente já era consolidado na jurisprudência do TST.

Observa-se que a nova redação e aplicação do parágrafo 7º, do citado artigo 1.007 do NCPC, dispondo que o equívoco no preenchimento da guia de custas não acarretará a incidência da pena de deserção, desde que o relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para que querendo sane o vício dentro do prazo de 5 (cinco) dias.

2.4 PROCEDIMENTO

De acordo com o artigo 852 da CLT “Da decisão serão os litigantes notificados, pessoalmente, ou por seu representante na própria audiência. No caso de revelia, a notificação far-se-á pela forma estabelecida no § 1º do artigo 841”. Sendo assim, pode se dizer que o início da contagem do prazo para utilizar o recurso ordinário, é a partir da publicação da sentença no Diário Oficial ou da prolação da mesma em audiência.

Importante mencionar, o disposto na Súmula nº. 30 do Tribunal Superior do Trabalho “Quando não juntada à ata ao processo em 48 (quarenta e oito) horas, contadas da audiência de julgamento (art. 851, §2º, da CLT), o prazo para recurso será contado da data em que a parte receber a intimação da sentença”.

Outrossim, “O prazo para recurso da parte que, intimada, não comparecer à audiência em prosseguimento para a prolação da sentença conta-se de sua publicação”. (Súmula nº. 197, do TST).

Insta salientar que “Se, durante o prazo para interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação”. (CPC, art. 1004).

Uma vez recebido o recurso, este ficará a cargo do juiz verificar a presença ou não dos requisitos de admissibilidade. Sendo preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, será aberta, vista a parte contrária para querendo contra arrazoar o recurso interposto pela outra parte, no mesmo prazo do recurso alusivo.

Com efeito, o juiz, logo após a sua interposição intimará o recorrido no prazo de 15 dias para apresentar as contrarrazões, conforme dispõe o artigo 1.010, § 1º do CPC. Oportuno lembrar que após as formalidades para a interposição do recurso, os autos serão remetidos ao Tribunal Regional do Trabalho pelo juiz singular, independentemente de Juízo de admissibilidade à luz do artigo 1.010 § 3º do mesmo diploma.

Adentrando a instância superior, o processo será registrado e distribuído, haverá sorteio do relator e do revisor do recurso, que integrem uma mesma Turma Julgadora.

Destarte que, “O relator negará o provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior ou do próprio tribunal; quando contrário a acórdão do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior em julgamento de recursos repetitivos; e ainda quando contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (CPC, art. 932, IV, a, b e c). O relator ainda não conhecerá do recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha especificamente impugnado os fundamentos da decisão recorrida conforme art. 932, III do mesmo diploma. Se por acaso, a decisão estiver em manifesto

confronto com súmula ou com jurisprudência preponderante do STF ou Tribunal Superior, o relator não dará provimento ao recurso interposto.

Importante se faz salientar que, com a interposição do Recurso Ordinário, não haverá a realização de nova audiência, uma vez que, toda a prova essencial para a formação do convencimento do Órgão *ad quem* já se encontra nos autos. A exceção à regra fica por conta da produção da prova de fato, que não fora realizada no juízo *a quo*, juízo de origem, quando for proveniente de força maior (CPC, art. 1.014), podendo ser designada uma nova audiência de instrução.

Vejamos artigo 1.014 do Código de Processo Civil, “as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”. No mesmo sentido a Súmula nº. 08 do Tribunal Superior do Trabalho, “Juntada de documento. Em se tratando da fase recursal, a juntada de documentos só se justificará quando provado o justo impedimento para a não apresentação oportuna ou se referir a fato à sentença”.

Deste modo, havendo motivo de força maior provada nos autos, as questões de fato poderão ser suscitadas no recurso ordinário, bem como o justo impedimento para a oportuna apresentação de documentos na fase recursal, possibilitará a juntada destes posteriormente.

CONCLUSÃO

O recurso ordinário é o instrumento assegurado à parte vencida que, queira impugnar a decisão definitiva da vara do trabalho com ou sem resolução de mérito. Destarte, o recurso ordinário é o meio hábil cabível em face da sentença de primeiro grau, advinda da vara do trabalho.

Havendo a interposição do recurso ordinário com seu recebimento e processamento, tem-se a concretização do sistema conhecido por “duplo grau de jurisdição”, princípio esse também chamado de princípio da recorribilidade das decisões judiciais, pelo qual todas as decisões são passíveis de revisão para o devido órgão jurisdicional *ad quem*.

Em primeiro plano para se utilizar dos recursos possíveis na justiça do trabalho, o recorrente devesse se ater aos princípios norteadores do ramo

trabalhista quais sejam: duplo grau de jurisdição; vigência imediata da lei nova; concentração dos recursos ou irrecorribilidade das decisões; fungibilidade recursal; unirrecorribilidade; da proteção e, por derradeiro o princípio da *non reformatio in pejus*.

Na seara trabalhista vige a uniformidade de prazo, sendo este de 08 (oito) dias para a interposição de quaisquer recursos, conforme estabelece o artigo 6º da lei nº. 5.584 de 1970. Muito que bem, de acordo com o princípio do *ius postulandi*, pode haver a interposição de um recurso por simples petição, sem fundamentação, contendo apenas o pedido de reforma do julgado e, sendo necessário, à parte estar em juízo postulando sem advogado. (Súmula nº. 425 do TST).

Nas ações trabalhistas, cujo valor da causa for igual ou inferior a dois salários mínimos, e cumulativamente não haver impugnação pelas partes, não existirá qualquer recurso cabível, exceto se a matéria conflitante for de índole constitucional.

As hipóteses para a interposição do recurso ordinário esta previsto no artigo 895 I e II, e § 2º do art. 799 da CLT, e artigo 485, II, III, IV, V, VI, VIII, X; artigo 487, I do CPC. É essencial para seu correto processamento que a parte recorrente se atente para os requisitos autorizadores do seu trâmite, pelas quais serão verificados pelo juízo *a quo* e juízo *ad quem*, sendo esses os pressupostos subjetivos (legitimidade e interesse de recorrer), e os pressupostos objetivos (adequação, tempestividade, preparo, custas processuais, depósito recursal, prazo para depósito e isenções).

Por tais razões, os recursos são indispensáveis para o ciclo judicial de um processo, ou seja, para o ordenamento jurídico pátrio. Em especial o recurso em foco, tem grande importância na seara trabalhista, por trazer uma segunda análise do mesmo caso outrora decidido pelo juízo *a quo*. Deste modo vindo a concretizar e consagrar os princípios do contraditório e da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. Manual de direito processual do trabalho. 10ª ed.. São Paulo: LTr, 2002.

CAIRO JUNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. 5ª ed.. Bahia: JusPODIVM, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Os recursos no processo do trabalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Os recursos no processo do trabalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 3ª ed.. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito processual do trabalho. 32ª ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 21 ed.. São Paulo: Saraiva. 2002.

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 6ª ed.. São Paulo: Método, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Sistema dos recursos trabalhistas. 5ª ed.. São Paulo: LTr, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 44ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[1] <http://lattes.cnpq.br/9965215637160749>

A ÉTICA DO ADVOGADO E AS SANÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS AOS ADVOGADOS PELA OAB

MICHELE GAMA SALES: Acadêmica do Curso de Direito da Uniages.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo expor uma análise com base nos princípios e representação de consciência e conduta do advogado frente ao código de ética da OAB e as sanções disciplinares a eles impostas, bem como a suas atribuições, com fulcro na lei 8.906/94 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, vislumbrando a atribuições a eles conferidas.

Palavras-Chave: Ética; Estatuto da OAB; Advogado; Sociedade Infrações e Sanções Disciplinares.

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de evidenciar frente ao estatuto da OAB e o código de ética, a maneira comportamental de um advogado. Sendo formada por uma série de princípios, tendo este, que cumprir com os requisitos da lei 8.906/94 que prevê diferentes espécies de processos, o disciplinar, que apura a conduta do advogado e tem a capacidade de puni-lo e o processo administrativo que trata da inscrição, registro em sociedade de advogados, entre outros.

O código de ética expõe que os advogados deve manter uma conduta frente a este, bem como ao regulamento geral, dos provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Para mais, o advogado deve proceder de forma que torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da sociedade e da advocacia, ficando responsável pelos atos do exercício da sua profissão. Sendo que, o mesmo é indispensável para a administração de justiça.^[1]

Deste modo, o advogado é indispensável para a administração da justiça, pois este é o defensor do Estado democrático de Direito, tendo como deveres, preservar sua conduta, honra, dignidade à profissão, atuar como defensor dos direitos do povo frente a constituição, entre outros. Para mais, utilizar-se das

normas no Conselho Federal dos advogados e do Estatuto da OAB, zelando pôr os méritos a ele concedidos, mas também tendo a capacidade de punir, caso mereça. Deste modo, identifica-se as condutas do profissional formado em direito, exercendo a Advocacia.

1. DOS DIREITOS E DEVERES DO ADVOGADO

Não há hierarquia ou subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, mas devendo ambos tratar-se com respeito. Sendo direitos dos advogados com fulcro no artigo 7º, incisos seguintes do Estatuto da Advocacia, exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional. Pari passo, pode-se constatar que a liberdade do advogado também está elencada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XIII.

Neste sentido:

(...) o direito é visto como uma ordem coativa emanada da autoridade estatal e constituída por normas de diferentes níveis que regulamentam o emprego da força nas relações sociais, determinam os limites dos comportamentos dos homens e sancionam as condutas não desejadas segundo ordem a ser mantida. (NALINI , 1999, p.15)

Desta feita, é percebido no art. 7º do estatuto, os direitos que são:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

II - ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB;

III - a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de

sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

VI - ingressar livremente:

a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

d) em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

VII - permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença;

VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;

IX - sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a

sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

XVI - retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias;

XVII - ser publicamente desagradado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;

XVIII - usar os símbolos privativos da profissão de advogado;

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1) aos processos sob regime de segredo de justiça;

2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório,

secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;

3) até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

§ 3º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

§ 4º O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juzados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB.

§ 5º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do **caput** deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a

clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade

Ademais, constitui-se deveres dos advogados preservar sua conduta, dignidade de profissão, honestidade, veracidade, entre outros. Mantendo uma relação com seu cliente que passe confiança.

2. A ÉTICA DO ADVOGADO

A ética profissional está elencada através do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), do Código de Ética e Disciplina e do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e a OAB.

Ao assumir o compromisso a que lhe foi imposto para assumir durante toda a sua vida profissional, obedecendo as normas jurídicas impostas pela constituição e todas as outras leis do país e observando as normas instituídas pelo Estatuto e o Código de Ética em que ficam estabelecidas o exercício da advocacia impõe a conduta do advogado.

Por ser o advogado indispensável à administração da justiça e defensor do Estado democrático de Direito, com fulcro no parágrafo único do artigo 2º do Código de Ética, são deveres do advogado:

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

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, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade

Deste modo, nota-se que o advogado deve agir sempre com dignidade, mantendo sempre a boa-fé preservando sua conduta.

O advogado deve proceder de forma que se torne merecedor de respeito e contribua para seu exercício profissional. Para mais visto o art. 32 da Lei 8.906/94, nota-se que é o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo e culpa, deste modo o advogado é obrigado a cumprir com rigor os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Para mais, Langaro cita;

Os requisitos legais conferem ao advogado capacidade técnica e capacidade legal para o exercício regular da profissão. Como se vê, não basta ser bacharel em doutor em direito para o exercício regular de sua atividade forense; é mister, também, a habilitação exigida em lei, sua inscrição na Ordem, a prestação de compromisso, a expedição da respectiva carteira, o recebimento do número pelo qual poderá realizar os atos forenses. Não sendo assim atendidos os requisitos acima mencionados, a jurisprudência nacional fulmina de nulidade os atos praticados por pessoas não regularmente inscritas. (LANGARO, 1996, p.43/44).

Deste modo, nota-se que o advogado deve estar regularmente dentro dos requisitos exigidos na lei, para que assim possa cumprir sua função, agindo com dignidade e honestidade, dentre esses, é dever resguardar o segredo profissional.

Assim, para Langaro, “[...] a missão do advogado é indispensável à sociedade e de indiscutível necessidade e importância. Ele assegura o esclarecimento do Direito, a fiel interpretação da lei, solucionando os litígios por intermédio do poder Judiciário.” (p.42).

Pari passo, a ética profissional é utilizada para estabelecer a conduta do indivíduo, em suas atividades profissionais e o relacionamento com a sociedade.

3. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO E INFRAÇÕES DISCIPLINARES

Cabe apenas ao Conselho de Ordem dos Advogados, a punição disciplinar dos advogados.

É no exercício da advocacia que o profissional age em prol dos Direitos do cidadão. A responsabilidade civil, decorre de culpa, exigindo que a mesma efetive-a e comprove-a. Assim, cabe ao advogado ter a garantia de estar fora da responsabilidade, pois se esse provado, é responsabilizado civilmente pelo erro de Direito, pelo erro de fato e por omissões.

Deste modo, fica caracterizado e obrigado ao advogado exercer sua atividade dentro dos padrões e das leis determinadas,

para que assim não sofra sanções determinadas pelo Estatuto da OAB e o Código de Ética.

O artigo 34 e incisos seguintes, consta as infrações disciplinares, estas são divididas em três modos, leves que serão punidas com censura, graves em suspensão e gravíssimas com exclusão da OAB.

É notório que a censura é o ato mais leve das sanções (art. 36 do EAOB), em que o advogado apesar da punição ainda pode exercer sua profissão. Já a pena de suspensão tem-se a cessação temporária por tempo indeterminado e pena gravíssima, são punidas com a exclusão permanente.

4. CONCLUSÃO

Diante exposto, é notório o comportamento do advogado frente a sociedade e com os preceitos das normas do Estatuto da OAB e o código de Ética, devendo este agir e resolver conflitos, defendendo os principais interesses de seus clientes.

No entanto, o profissional do Direito, dedicou-se por um longo período da sua vida para manter seu espaço na sociedade. O passo mais importante é do egresso a faculdade, esta que o torna capaz para a vida de mercado que irá enfrentar ao longo da vida. Ficando frente a análise do Projeto integrador, cujo tema “Egressos em escritórios: OAB e Advocacia”, nota-se que ao realizar pesquisas com alunos da Faculdade Ages, fica evidenciando a forma que eles lidam com a vida profissional. Sendo assim, destaca que os ensinamentos da faculdade é portal para a chave do sucesso, porém os estudos diários que o mantém atualizado e com mais preparo para atuação e papel do judiciário.

O profissional enfrenta diversos obstáculos no início da carreira, mas é obstinado a agir de forma ética e compreensiva, desde preparo à atuação no formal dos atos jurídicos praticados, conquistando seus clientes e seu espaço no mercado de trabalho.

Pari passo, baseia-se na carreira profissional, pois estes foram treinados e orientados para a qualificação que hoje lhe fora atribuído, a escolha da profissão é um passo muito importante, partindo daí, são enfrentados desafios. Porém, fica exposto a melhor forma de dirimir os conflitos a eles oferecidos, agindo

conforme a lei e mantendo a ética profissional, o transformando no excelente profissional.

Resta demonstrar os direitos dos advogados em que não há subordinação. Ademais a ética profissional, bem com a responsabilidade tanto aos seus deveres, quanto ao processo disciplinar. Quanto as sanções impostas cabem ao advogado manter sua conduta ética, sem a necessidade de sofrer as mesmas, tendo sempre como base o Estatuto da Advocacia e OAB e o código de Ética.

Referências

BRASIL. [Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.](#)

MUSSNICH, Francisco. **Cartas a um jovem advogado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica**. 2. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1996.

GRISHAM, John. 1955 – **O advogado**, tradução de Aulyde soares rodrigues. – Rio de Janeiro: Rocco, 1998

NALINI, José Renato. **Formação Jurídica** / coordenação José Renato Nalini. – 2. Ed. ver. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Vários colaboradores.

MACEDO JUNIOR, Marco Antonio de. **Ética profissional e estatuto da advocacia**, 10/ Marco Antonio de Macedo Junior; Celso Coccaro; coordenação geral Fábio Viera Figueiredo, Fernando F. Catellani, Marcelo Tadeu Cometti. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012 – (coleção OAB Nacional, primeira fase).

NEGRO, Fabiana Campos. **Exame da OAB**, todas as disciplinas. 4º edição, revista, atualizada e ampliada. Ed. JusPodivim.- 2015.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA: TEMA SELECIONADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA DECISÃO SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS - RESP 1.377.019/SP

CIBELE REZENDE MOREIRA:

Advogada OAB/SE nº 7897; Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT; Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Guanambi.

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar os entendimentos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a responsabilidade tributária do sócio gerente nos casos de redirecionamento da execução fiscal fundado na dissolução irregular da empresa. Em rápida síntese, o trabalho visa refletir sobre os critérios adotados pela jurisprudência atual do mencionado Tribunal para a identificação do sócio alcançável pelo redirecionamento e os efeitos do REsp 1.377.019/SP que determinou a suspensão da tramitação dos feitos executivos que versem sobre a questão, nos termos do art. 1.037, II, NCPC.

Palavras-chave: execução fiscal; dissolução irregular; redirecionamento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO. CONSIDERAÇÕES GERAIS. 3. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO: DISSONÂNCIA ENTRE OS JULGAMENTOS DO STJ. 4. SELEÇÃO DO TEMA PARA DECISÃO SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS: REsp nº 1.377.019/SP. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária do sócio gerente depende de critérios legalmente previstos, havendo de ser demonstrado comprovadamente que o gestor deu causa à exação através da prática de atos com excesso de poder, contrários à lei, contrato social ou estatutos, nos termos previstos no art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se dividido em dois entendimentos distintos: 1) o sócio gerente estará sujeito ao redirecionamento da execução fiscal se gestor à época do fato gerador e, cumulativamente, no período da dissolução irregular; 2) o sócio gerente estará sujeito ao redirecionamento da execução fiscal se gestor no período da dissolução irregular, sendo irrelevante se ele geria a empresa à época do fato gerador.

A dissonância entre os julgados das turmas do STJ gerou a necessidade de selecionar um julgamento como representativo da presente controvérsia e mais recentemente, através do REsp 1.377.019/SP, o tema passou a tramitar sob a sistemática de recursos repetitivos.

Como consequência, a filiação do magistrado a qualquer dessas correntes de entendimento conduz a execução fiscal a um resultado diferente sob o ponto de vista do redirecionamento do feito.

O presente estudo, sem intenção de filiação a qualquer das correntes acima expressas, demonstrará, inicialmente e de forma sucinta, as definições dos institutos jurídicos aqui empregados e, ao final, alguns julgados do STJ com reflexões sobre os seus efeitos nas execuções fiscais e respectivos desdobramentos.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Como regra, tem-se que é inconfundível a pessoa jurídica e seus respectivos sócios, vez que perante o ordenamento jurídico, a separação entre as personalidades jurídicas define a responsabilidade por suas próprias obrigações. Desse modo, os sujeitos passivos da obrigação tributária são identificados no artigo 121 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Acerca da conceituação jurídica dos possíveis sujeitos passivos, temos lição doutrinária de Ricardo Alexandre (2016):

[...] Será contribuinte quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; caso contrário, será denominado responsável. Em ambos os casos, a sujeição passiva depende de expressa previsão legal. Assim, o responsável integra a relação jurídico-tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador (ALEXANDRE, Ricardo, 2016, p. 311).

É assente o entendimento de que não é o simples inadimplemento da empresa que permite que o sócio com poderes de gerência seja responsabilizado pelos tributos devidos. É necessário que reste demonstrado de forma inequívoca que este agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em seu estudo, BORBA (1997) conclui que a responsabilidade imputada ao gestor, nos termos do art. 135, III, não discrepa da regra geral esculpida no ordenamento jurídico:

“[...] não discrepa da regra geral (art. 1016 do Código Civil) ao estabelecer que os diretores, gerentes ou representantes são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto” (BORBA, 1997, p. 110)

Importante frisar que não basta ser sócio, pois a responsabilização só é possível se o sócio tem poderes de gestão, caso contrário, é simples integrante da pessoa jurídica, conforme ensinamento doutrinário: “A mera condição de “sócio” é insuficiente, até porque o dispositivo não menciona tal termo. Se o sócio existe, mas não é diretor, nem gerente, não deve ser responsabilizado (SABBAG, 2013, p. 882)

Conclui-se, portanto, que se a pessoa jurídica não cumpriu com suas obrigações tributárias por circunstâncias alheias à vontade e forma de administrar de seu sócio/diretor/gerente, como é o caso clássico das circunstâncias do próprio mercado, crise financeira do país e outros fatos, o empresário agindo dentro da lei, contrato social e estatuto, não terá seus bens particulares comprometidos para quitação dos débitos, uma vez que não resta caracterizada a sonegação e infração à lei, mas mera inadimplência de tributos.

Especificamente, o STJ se manifestou: Súmula 430. “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

A dissolução irregular caracteriza-se como ato infracional por violar a lei e o próprio STJ apontou como causa que possibilita o redirecionamento da execução fiscal com a Súmula 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Confira-se o ensinamento de Eduardo Sabbag (2011):

“Hodiernamente, a tendência jurisprudencial, na trilha da doutrina majoritária, é pacífica e diversa, conforme se explicou. Por fim, diga-se que a jurisprudência tem acolhido como inequívocos exemplos de “infração à lei”: (I) empregador que desconta o IRRF ou contribuição previdenciária e não os recolhe ao Erário; (II) a dissolução irregular da sociedade, deixando débitos tributários pendentes e nenhum patrimônio para garantir seu pagamento.” (SABBAG, 2011, p. 738).

Ressalto que para a configuração da dissolução irregular da empresa devedora, basta que esta deixe de comunicar seu novo endereço à repartição fiscal e de proceder à baixa na Junta Comercial, fato que pode ser constatado pelo oficial de justiça ao cumprir diligências determinadas na execução fiscal, especialmente no ato de citação. Ainda, a constatação da dissolução irregular pode ser feita em qualquer momento processual, ou seja, a pessoa jurídica foi citada no início do processo e no decorrer do processamento do feito ocorreu a dissolução.

O STJ, aplicando o princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público, tem o entendimento pacífico de que a certidão do oficial de justiça é suficiente para atestar que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, dando azo ao redirecionamento da execução fiscal. A Fazenda Pública também utiliza como indício de prova da dissolução irregular, a ausência de declaração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, com a justificativa de que se não há rendimentos auferidos, não há atividade empresarial.

Trago à colação jurisprudências sobre o tema:

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 618, I, E 794, I, DO CPC/73. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO, EM FACE DO SÓCIO-

GERENTE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO CONTEXTO FÁTICO DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto em 30/09/2014, contra decisão publicada em 25/09/2014, na vigência do CPC/73. II. Interposto Agravo Regimental com razões que não impugnam, especificamente, o fundamento da decisão agravada, mormente quanto à ausência de prequestionamento dos arts. 618, I, e 794, I, do CPC/73, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte. III. Na esteira da jurisprudência do STJ, "é firme a orientação no sentido de que a dissolução irregular da empresa sem deixar bens para garantir os débitos, ao contrário do simples inadimplemento do tributo, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes, independentemente de restar caracterizada a existência de culpa ou dolo por parte desses" (STJ, AgRg no AREsp 743.185/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/09/2015). IV. Nos termos da Súmula 435 do STJ, "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". V. No caso dos autos, consoante se extrai da premissa fática delineada pelo Tribunal de origem, verifica-se que foi autorizado o redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente, em virtude da constatação de que houve a dissolução irregular da sociedade empresária, que deixou de funcionar no seu domicílio fiscal. VI. Nesses termos, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relativos à inexistência de prova, demonstrando a efetiva dissolução irregular da empresa,

somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 427.479/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2015. VII. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.(STJ, AGARESP 201401302882, DJE 21/06/2016).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO POR AVISO DE RECEBIMENTO. AR DEVOLVIDO. INSUFICIÊNCIA DE INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR A AUTORIZAR A MEDIDA. 1. Para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, buscando sua responsabilização subsidiária, conforme previsto no art. 135 do CTN, é indispensável que este tenha agido com excesso de poderes ou infringido a lei, o contrato social ou o estatuto da empresa. 2. Conforme fixado no REsp 1371128/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 17/9/2014 - representativo de controvérsia), a dissolução irregular da empresa caracteriza infração à lei, de modo que, comprovada tal circunstância, tem-se por possível o redirecionamento pretendido pelo Fisco-credor. 3. Inobstante, "(...) há que se verificar a incidência desse entendimento diante de cada caso concreto, não sendo razoável se proceder ao redirecionamento da execução fiscal, baseando-se, tão somente, em simples devolução de AR-postal sem cumprimento, impondo-se, nesse particular, que se utilizem meios outros para verificação, localização e citação da sociedade empresária." (AgRg no AgRg no REsp 1358007/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/12/2013). 4. Agravo regimental não provido (STJ, AGARESP 201501139150, DJE 14/12/2015)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DIRETA. INTERRUÇÃO. EFEITOS. RESPONSABILIDADE PELA DEMORA, NA EFETIVAÇÃO DO PROCEDIMENTO CITATÓRIO, QUE FOI IMPUTADA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, AO MECANISMO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DO JUÍZO DE VALOR CONCRETO, EXARADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. CITAÇÃO. INSUCESSO. EMPRESA QUE NÃO MAIS FUNCIONA NO ENDEREÇO CONSTANTE DOS REGISTROS OFICIAIS. CERTIDÃO LAVRADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. SÚMULA 435/STJ AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Hipótese em que o acórdão recorrido, em face dos elementos fáticos dos autos, efetivamente concluiu que a demora, na realização do procedimento citatório, deve ser atribuída à máquina judiciária. Na forma da jurisprudência do STJ, descabe reexaminar, em sede de Recurso Especial, o juízo de valor concreto, efetuado nas instâncias ordinárias, acerca da efetiva atribuição de responsabilidade pela demora na realização do procedimento citatório, em razão da vedação contida na Súmula 7/STJ. Assim, proclama a jurisprudência do STJ que "a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ" (STJ, REsp 1.102.431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2010). II. Consoante a jurisprudência do STJ, "em execução fiscal, certificada pelo oficial de justiça a não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para a citação, presume-se (juris tantum) a ocorrência de dissolução irregular a ensejar o

redirecionamento da execução aos sócios, na forma do art. 135, do CTN. Precedentes: EREsp 852.437/RS, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.10.2008; REsp 1343058/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.10.2012", constituindo "obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos de registros públicos e ao Fisco, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, os referentes à dissolução da sociedade. Precedente: EREsp 716412/PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007" (STJ, REsp 1374744/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/12/2013). III. De aplicar, na hipótese vertente, à luz dos balizamentos estabelecidos, os dizeres da Súmula 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". IV - Agravo Regimental improvido (STJ, AGRESP 201102755138, DJE 16/03/2016).

3. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO: DISSONÂNCIA ENTRE OS JULGAMENTOS DO STJ.

Não restam dúvidas de que o sócio gerente pode ser responsabilizado pelas dívidas tributárias da pessoa jurídica, desde que enquadrado no previsto no artigo 135 do CTN, neste sentido observam Ricardo Alexandre (2016) e Luciano Amaro (2014):

- "Há casos em que a sujeição passiva do terceiro decorre da sua atuação em desconformidade com o direito, levando-se à condição de responsável pessoal pelo próprio tributo devido (e não apenas pela multa eventualmente cabível)." (ALEXANDRE, Ricardo, 2016, p. 349)

- “Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que frequentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador.” (AMARO, 2014, p. 221)

Nesse ponto, cabe analisar como identificar o sócio ou os sócios que estarão sujeitos ao redirecionamento da execução fiscal e, principalmente qual critério adotar com base na jurisprudência do STJ.

De início há de se esclarecer que esta dúvida só ocorre quando houve mudança de titularidade da gerência, uma vez que se desde a data da constituição da pessoa jurídica até à época do fato gerador a gerência esteve concentrada no(s) mesmo(s) sócio(s) não há controvérsia a dirimir, bastando o magistrado verificar na documentação juntada pelo exequente junto com o pedido de redirecionamento quem é o administrador, proferir a decisão do redirecionamento para o sócio responsável mandando citá-lo nos termos da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal (LEF).

Chamo à atenção ao fato de que não é apenas com o pedido da Fazenda Pública que o juiz defere, a decisão é fundamentada na previsão legal e na documentação juntada pelo exequente, uma vez que, relembro, é medida excepcional a responsabilização do sócio pelas dívidas tributárias devidas pela empresa. Ressalto também que o procedimento admite a realização do chamado “bloco construtivo” que enseja medidas de bloqueio *on line* realizada pelo BacenJud, restrição de veículos pelo RenaJud e indisponibilização de bens pelo Cadastro Nacional de Bens – CNIB, dentre outras medidas.

Então o cerne do problema é responder ao quesito: Qual sócio gerente será alcançável pelo redirecionamento, ante a modificação do encargo entre a época do fato gerador e a dissolução irregular da empresa?

Há duas linhas de entendimento do STJ ainda não pacificadas:

a) a primeira decorre da circunstância de que o que importa é identificar o gestor que estava na época da dissolução irregular, sendo irrelevante se sequer compunha os quadros da pessoa jurídica à época do fato gerador.

b) a segunda jurisprudência demonstra necessidade de requisitos cumulativos, ou seja, que o gestor a ter seu nome incluído no polo passivo do executivo fiscal estivesse na época do fato gerador e da dissolução irregular.

Ao leitor desatento, pode não parecer complexa a definição, mas na prática é e, principalmente, porque o desdobramento da execução fiscal pode seguir caminhos bem diferentes, desde a paralização do processo com base no art. 40 da LEF ou mesmo a satisfação integral do débito levando a extinção do executivo pelo pagamento.

O que o exequente busca incessantemente é conseguir responsabilizar o sócio com poderes de gestão que efetivamente tenha bens suficientes para garantir a execução, pois se todas as tentativas de localização de bens que já foram efetuadas em relação à pessoa jurídica restaram frustradas, só resta o redirecionamento para que o feito tenha seu prosseguimento normal e não fique paralisado sujeito à prescrição intercorrente. Segundo Cândido Dinamarco (2001, p.31): "executar é dar efetividade e execução".

Destacamos as recentes decisões do STJ que demonstram a existências dessas duas correntes de entendimento:

EMENTA: RECURSO FUNDADO NO CPC/73. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÓCIOS QUE NÃO INTEGRAVAM A SOCIEDADE EMPRESÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/73. 2. Não é possível o redirecionamento da execução fiscal a sócio que não integrava a sociedade empresária à época da ocorrência dos fatos geradores, porquanto o **redirecionamento em**

tal hipótese pressupõe o exercício de gerência pelo sócio da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores das obrigações e da dissolução irregular da empresa. Precedentes: AgRg no REsp 1529041/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016; AgRg no AREsp 841.408/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 29/3/2016; AgRg no AREsp 790.661/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 18/11/2015; AgRg no AREsp 648.070/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 23/9/2015. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AGRESP 201500477663, DJE 08/06/2016)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL FUNDADO NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EXECUTADA. PRESSUPOSIÇÃO DE PERMANÊNCIA DO SÓCIO NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA NO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA DISSOLUÇÃO E DE SEU EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE GERÊNCIA À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA. I - **É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe não apenas a permanência do sócio na administração da empresa no momento da ocorrência da dissolução, como que tenha ele exercido a função de gerência à época do fato gerador do tributo.** II -

O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão

recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ. III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. IV - Agravo Regimental improvido (STJ, AGARESP 201502815189, DJE 14/12/2015)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARTS. 134, VII, DO CTN; 4º DA LEF; 10 DO DECRETO N. 3.708/19; 50, 1.052 E 1.080 DO CC/02. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR NOS TERMOS DA SÚMULA 435/STJ. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE QUE EXERCIA ESSE ENCARGO POR OCASIÃO DO ATO PRESUMIDOR DA DISSOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR OU VENCIMENTO DO TRIBUTO. IRRELEVÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a responsabilidade dos sócios-gerentes da sociedade contribuinte executada por entender que estes, embora ocupassem a gerência no momento da dissolução irregular presumida, não exerciam a direção da entidade por ocasião da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou do vencimento do respectivo tributo. 2. Os arts. 134, VII, do CTN; 4º da LEF; 10 do Decreto n. 3.708/19; 50, 1.052 e 1.080 do CC/02 não foram objeto de análise ou apreciação pelo Tribunal de origem, o que revela a ausência de prequestionamento. Incidência dos verbetes 282 e 356 da Súmula do STF. 3. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular ou em ato que presuma sua ocorrência - encerramento das atividades empresariais no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes (Súmula 435/STJ) -, pressupõe a permanência do sócio na administração da sociedade no momento dessa dissolução ou do ato presumidor de sua ocorrência, uma vez que, nos

termos do art. 135, caput, III, CTN, combinado com a orientação constante da Súmula 435/STJ, o que desencadeia a responsabilidade tributária é a infração de lei evidenciada na existência ou presunção de ocorrência de referido fato. 4. **Consideram-se irrelevantes para a definição da responsabilidade por dissolução irregular (ou sua presunção) a data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, bem como o momento em que vencido o prazo para pagamento do respectivo débito.** 5. No caso concreto dos autos, o Tribunal de origem, à luz do contexto fático-probatório, concluiu que as pessoas contra quem se formulou o pedido de redirecionamento gerenciavam a sociedade no momento da constatação do ato presumidor da dissolução irregular. 6. Recurso especial da Fazenda Nacional provido (STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL – 1520257, DJE 23/06/2015).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE DO GESTOR. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal. III - **O acórdão recorrido está em**

confronto com o entendimento desta Corte, segundo o qual o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe não só que o sócio tenha exercido a função de gerência à época do fato gerador do tributo, como também que esteja exercendo essa função no momento da dissolução irregular da empresa. IV - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para deconstituir a decisão agravada. V - Agravo Regimental improvido (STJ, AGRESP 201501007904, DJE 19/04/2016).

Do exposto, percebe-se que os critérios para identificar o sócio gerente responsável pela obrigação tributária correspondem exatamente ao momento do fato gerador, o período do exercício da gerência e a data em que constatada a dissolução irregular da pessoa jurídica, variáveis que ainda não estão completamente definidas pelo STJ.

4. SELEÇÃO DO TEMA PARA DECISÃO SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS: REsp nº 1.377.019/SP.

A questão foi submetida a julgamento, tema/repetitivo nº 962, afetando o REsp nº 1.377.019/SP em 03/10/2016, nos seguintes termos:

“A questão tratada nos autos, relativa à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária, revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva, razão pela qual **afeto** o julgamento do presente Recurso Especial à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.063 e seguintes do CPC/2015.”

A Ministra Relatora Assusete Magalhães determinou a suspensão da tramitação dos processos, individuais ou coletivos, que versem a mesma matéria, de acordo com o disposto no art. 1.037, II, do CPC/2015.

CONCLUSÃO

Destarte, ante a determinação de suspensão das execuções fiscais que estão pendentes de decisão quanto ao pedido do exequente de redirecionamento do feito para a figura do sócio gerente, há de ser concluir pelo lado positivo, uma vez que as divergências de entendimento do STJ reverberam nas decisões dos magistrados ao ponto de a mesma empresa executada em um juízo ter o redirecionamento determinado para o sócio gestor à época do fato gerador e da dissolução irregular e em outro juízo, o responsável ser o sócio gerente que estava à época da dissolução irregular.

Assim que unificado o entendimento pelo STJ, as decisões serão uniformes e o provimento jurisdicional será mais efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 10. ed.rev.atual., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.3, São Paulo: Malheiros, 2001.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do Direito – Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Ed. Premier, 2013.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Jurisprudências. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>. Acesso em 01/04/2017.

ASPECTOS RELEVANTES DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO "PREGÃO"

WILSON FELIPE FRANCO JANDOTTI:
Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

AILTON NOSSA MENDONÇA(Orientador)

RESUMO: As licitações ocorrem diariamente na Administração Pública, de forma desenfreada. Existem várias modalidades previstas em lei, contudo nem sempre usadas de Boa Fé, tão pouco escolhida uma modalidade que vise beneficiar, ou aplicar meios, capazes de gerar menor índice de fraudes. O grande número de licitações envolve muito dinheiro, tencionando uma modalidade que possua aspectos relevantes, vantagens e características que contribuam de modo a beneficiar, ajudar e vigorar um procedimento limpo e eficaz. No presente trabalho, será abordado a lei 10520/2002 e a lei 8666/1993, deixando claro a existência de inúmeras modalidades de licitação a disposição da Administração Pública. A modalidade Pregão possui uma forma de aplicação diferente; uma inversão de fases que traz maior celeridade processual, publicidade e transparência do procedimento. Sendo aplicada a modalidade Pregão, por todos os aspectos que podem beneficiar as licitações, juntamente com a Boa Fé, regulada pelo Código Civil, há maior chance de diminuição do índice de fraudes nas licitações, desencadeando um procedimento mais célere e eficaz.

Palavras Chaves: Pregão, celeridade processual, licitações, Administração Pública.

ABSTRACT: Bids occur daily in Public Administrations. However, is not Always used in Good Faith; so little, chosen a modality that is designed to benefit, or apply means capable of generating a lower rate of fraud. The large number of bidding involves a lot of Money, intending a modality that has relevant aspects, advantages and features that contribute to benefit, help and force, a procedure clean and effective. In the present study, will be dealt with the law 10520/2002 and the law 8666/1993, making clear the existence of numbers forms for bidding, the provision of Public Administration. The modality "Pregão", has a form of different application; a reversal of phases that brings greater speed up the procedures, publicity and transparency of the procedure. Being applied the modality "Pregão", for all aspects

that can be nefit the bidding, together with Good Faith, regulated by the Civil Code, there is a greater chance of decreasing the rate off raud resulting in procurement, unleashing a procedure more famous and effective.

KEYWORD; “Pregão”, speedupthe procedures, bidding, Public Administration.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. APRESENTAÇÃO DE LICITAÇÕES. 2 OS BENS E SERVIÇOS COMUNS. 3. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO. 3.1 Origem. 3.2 Conceito. 3.3 Lei 10520/02 . 3.4 As Características do Pregão. 3.5 Vantagens do Pregão 10 4. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO. 5. A EFICÁCIA DO PREGÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar os aspectos relevantes da modalidade de licitação pregão, sua forma de aplicação e suas vantagens.

A pesquisa apresentará a necessidade das licitações pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, visando a utilização da modalidade de licitação pregão.

A grandíssima importância das licitações em relação às fraudes, onde a administração, pode utilizar de meios capazes de evitar fraudes e corrupções, pois uma forma de buscar por melhorias em obras, desapropriações acaba sendo meio para que os governantes tomem posse de parte do valor, por meio de fraudes.

A normatização constitucional referente a lei 10520/2002, nos apresentou uma nova modalidade de licitação, o pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Nesta modalidade a disputa pelo fornecimento é feito em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço.

A forma de inovação do pregão, na inversão das fases de habilitação e análise das propostas trouxeram mais facilidades e vantagens, pois somente será analisada a documentação do participante que apresentou melhor proposta.

O poder público concretizando com eficácia a licitação, gera economia dos gastos públicos, com modalidades que embasam de certa forma desde a fase de habilitação até o momento do contrato.

São oferecidas várias modalidades no âmbito das licitações, mas nem sempre são adotadas, seria de grande importância se houvesse um meio de controle a ser adotado, através de pesquisas e gráficos, dando maior conhecimento ao poder público.

Assim, uma modalidade que tem características que refletem melhorias nas licitações é o pregão, pela sua forma de aplicação de seu procedimento, utiliza-se de propostas escritas, que após disputas verbais, ou ainda negociações diretas com pregoeiro, pode-se provocar com que aconteça menor índices de fraude e corrupção.

1. APRESENTAÇÃO DE LICITAÇÕES

As licitações e contratos administrativos estabelecem normas gerais pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações na forma dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A licitação é o procedimento administrativo formal, pelo qual faz contratações de serviços ou aquisições pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, onde o governo atua comprando e contratando serviços conforme regras e leis. Desta forma conforme Art.3, §3a licitação não poderá ser sigilosa, deve ser pública e acessível ao público, todos os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

Tudo começa com a premência da administração pública pelo serviço ou compra, iniciando o planejamento pela melhor solução, essa é a fase interna. Já a fase externa tem início com a publicação da licitação, ficando exposto ao conhecimento público, vindo ao objetivo central o “Contrato”, onde cabe à empresa contratada executar, e à administração, fiscalizar o serviço.

A licitação poderá ser a de menor preço, de melhor técnica, uma combinação entre técnica e preço, ou a de maior lance ou oferta, conforme art.45, § 1, incisos I a IV da lei 8666/93.

Será feito um julgamento destas propostas, em conformidade com o edital, e assim será escolhida a que melhor possa realizar o serviço.

2. OS BENS E SERVIÇOS COMUNS

Os Bens e serviços comuns são aqueles que possuem padrões de empenho e qualidade, onde pode ser objetivamente definido pelo edital, por meio de

enumerações usuais no mercado. Versar-se à, portanto, de bens e serviços comumente oferecidos por vários fornecedores, e facilmente comparáveis entre si, de modo a comportar a deliberação de compra com base no menor preço.

Conforme a lei 10520/02 traz em seu bojo no Art. 1º para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser aceita a licitação na modalidade de pregão, que será dirigida por esta Lei, assim consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cuja normas de empenho e qualidade possam ser objetivamente determinadas pelo edital, por meio de descrições usuais no mercado.

3. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO

3.1 Origem

A modalidade de licitação pregão surgiu no ano de 1997 no sistema brasileiro, na lei geral de telecomunicações (9472/97), onde ocorreu o primeiro diploma legislativo ao autorizar a administração pública fazer licitações por pregão na aquisição de bens e serviços comuns.

3.2 Conceito

O pregão é uma modalidade de licitação regulada pela lei 10520/2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, sua disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas, lances, por onde se faz a classificação e habilitação do licitante que propor o menor preço.

A grande mudança na modalidade de licitação pregão se dá pela inversão das fases, onde passa a ser primeiro oferecidas as propostas, e só depois será analisada a documentação do participante que tenha oferecido a melhor proposta, assim se este estiver habilitado estará sujeito ao serviço.

As propostas são feitas de forma escrita e em seguida é feita disputa através de lances verbais. Há também a possibilidade de ainda haver a negociação direta com o pregoeiro, com intuito de diminuir o valor ofertado.

O pregão vem a se juntar às modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, que são: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Diferente destas modalidades, o pregão pode ser aplicado a qualquer valor de contratação, e o seu critério de julgamento de proposta é somente o de menor preço.

3.3 Lei 10520/02

A lei 10520/2002 ofereceu segurança jurídica necessária para a aplicação da modalidade pregão no âmbito da administração pública, vindo a ser utilizada a modalidade de licitação pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

Conforme artigo 2º, § 2º da lei 10520/2002, será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Município.

Nos dizeres de Vera SCARPINELLA, “uma das maiores complicações de acomodação jurídica do pregão, não derivou apenas da novidade em matéria de licitação por ele trazida, mas da sua origem em medida provisória, suas sucessivas reedições e mudanças mensais no texto.

Assim já havia a medida provisória 2182/01 que deu origem, um início para que a lei 10520/2002 desse seguimento, mudanças e ampliações na formação da modalidade pregão.

3.4 As Características do Pregão

Como todas as modalidades o Pregão possui suas características, onde os entes públicos possam analisar se a modalidade traz benefícios, e como será, sua forma de utilização.

A forma de utilização da modalidade não está relacionada a valores, mas sim no objeto;

- a) Objeto: bens e serviços comuns;
- b) Não possui valor mínimo, nem valor máximo;
- c) A licitação será sempre do tipo menor preço;
- d) Haverá nomeação de um pregoeiro e equipe de apoio;
- e) A existência da celeridade procedimental;
- f) O prazo para abertura da licitação é de, no mínimo, 08 (oito) dias úteis;
- g) As respectivas propostas podem ser renovadas; e,
- h) O recurso deve ter declinação imediata e motivada, sob pena de preclusão.

“Enumera, exemplarmente, as características do pregão. São elas: 1) limitação do uso desta modalidade licitatória a compras e serviços comuns; 2) possibilidade de o licitante reduzir verbalmente o valor da proposta durante a sessão; 3) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; 4) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado apenas ao final do certame. (Fernandes)”

Essas características evidentemente claras, são de mera importância onde uma modalidade de licitação não só pode gerar economia, mas como também celeridade processual ganhando tempo no curso de sua celebração.

3.5 Vantagens do Pregão

O Pregão traz em seu bojo uma forma de aplicação que acarreta em várias vantagens, na aquisição de bens e serviços comuns.

“A aquisição de bens e serviços através do pregão traz diversas vantagens para a Administração Municipal. Dentre elas pode-se destacar: menor custo no procedimento licitatório, maior agilidade, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento, ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço, maiores vantagens econômicas. O pregão apresenta ainda outras vantagens, como por exemplo, o fato de não sofrer limitação de ordem econômica, o que abre a possibilidade de se realizar diversas licitações em um mesmo exercício orçamentário, versando sobre um mesmo objeto, sem que a Administração corra o risco de ser acusada de fracionamento da licitação. Todavia, vale pontuar que, em respeito ao princípio da economicidade, não convém que a Administração abra vários procedimentos licitatórios para negociar um mesmo objeto haja vista que a compra em grande escala torna o produto bem mais barato do que a compra em menor quantidade. Porém, sendo necessário, não há qualquer óbice. O pregão também consegue

alcançar sensíveis reduções de preços, isto porque, após as propostas escritas, os licitantes, que atenderem aos critérios estipulados em lei, podem cobrir o preço mais baixo oferecido, até se alcançar o menor preço possível.” (CARO GESTOR, 2012)

Sendo assim gerando benefícios e vantagens a administração pública, sua rigorosidade recai sobre o fracionamento da licitação, o que vem a diminuir o índice de fraudes e roubo dos cofres públicos.

A modalidade pregão traz vantagens também nas reduções de preços, pois após as propostas escritas, os licitantes que estiverem habilitados e que atenderam os critérios em lei podem cobrir o preço mais baixo oferecido, até que se obtenha o menor preço.

Conforme pesquisas do governo federal, a União gerou economia de 25,6 bilhões de reais nos contratos obtidos nos últimos seis anos. (CARO GESTOR, 2012)

Desta forma é possível ver o grande índice de economia, com o uso da modalidade pregão, que sem dúvida alguma se mostra eficaz, econômico, gerando uma celeridade processual rápida e acabando com o fracionamento da licitação, onde podia se acarretar em fraude, roubo dos cofres públicos.

4. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO

A Constituição Federal, a lei 8.666/93, e os decretos submete ao pregão alguns princípios, estes os quais deve-se observância. São estes os princípios:

“Indisponibilidade do interesse público – À Administração Pública cabe o dever de conservar e gerir os bens e interesses públicos. A Administração não tem a livre disposição sobre os bens e interesses públicos que, na realidade, pertencem a toda a sociedade. O dinheiro público deve ser gasto com coerência e sabedoria. As contratações realizadas devem satisfazer o interesse público e não podem ser feitas ao arbítrio do administrador.” (CARO GESTOR, 2012)”

A partir do momento em que se está participando da administração pública, o indivíduo deve sempre estar disponível, à disposição de gerir os bens, como também os interesses públicos.

Legalidade – A administração é subordinada pela lei. Todas as atividades administrativas devem ser reguladas por lei ou decretos, estando vigentes, para que sua atividade seja lícita.

Impessoalidade – Tem o objetivo de igualdade, todos administrativos com mesmo tratamento nas situações jurídicas que estiver participando.

Moralidade – O administrador público tem que reger sua conduta pelos preceitos da ética e da moral. Saber ponderar o que é certo e o que é errado, regulando e exigindo justiça a seus atos.

Publicidade – A licitação tem que ser divulgada, para que informe o maior nível de pessoas. A publicidade é o princípio que garante o cumprimento de todos os outros princípios da licitação, pois permite que o administrado fiscalize a gestão dos interesses públicos.

Eficiência – princípio bastante respeitado na modalidade de licitação pregão, pois visa à utilização racional dos recursos públicos, busca pela eficiência, celeridade processual.

Probidade administrativa - Deve-se agir com boa-fé, com honestidade, com moralidade. Este princípio exige que a Administração aja com honestidade, para que ocorra a satisfação do interesse público.

Vinculação ao instrumento convocatório – Todas as regras fixadas devem ser observadas para que o processo seja válido. Este princípio evita a violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e probidade administrativa.

Julgamento objetivo – Todos os critérios exigidos no edital devem ser usados no julgamento, para que não ocorra surpresa aos licitantes.

Competitividade – Visa garantir o acesso do maior número possível de pessoas à licitação. O artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, dentre outros artigos da Lei do pregão, consagram este princípio.” (CARO GESTOR [4] 23/02/12)”

Todos aqueles que demonstrar interesse podem participar, são bem vindos, o que se busca é o maior número possível de licitantes.

- a) Formalidade – Devem ter observância a legislação e as regras do edital de convocação.
- b) Celeridade – A modalidade de licitação pregão foi feita com o intuito de gerar agilidade no processo licitatório, seu objetivo é atender com brevidade as necessidades da Administração.
- c) Transparência – Todos possuem o amplo acesso à gestão dos bens e serviços públicos.
- d) Justo preço – A Administração busca satisfazer suas necessidades mediante preços justos, pelo preço mais baixo, condizentes com a realidade.
- e) Maior vantagem – Busca pelo melhor contrato, pelo preço mais baixo dentre os oferecidos no mercado, por um produto de qualidade previamente estipulada.
- f) Oralidade – Pode se fazer propostas e lances verbais na sessão pública, vindo a ser escolhida a melhor proposta.

5 A EFICÁCIA DO PREGÃO

A modalidade de licitação pregão possui um procedimento diferente, impõem uma forma de aplicabilidade com maior agilidade, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento.

Os desvios dos recursos públicos nunca deixaram de existir, pois a desonestidade a cada dia que se passa está mais comum na nossa sociedade, as pessoas estão perdendo seus valores. Assim é de grande importância a

modalidade de licitação pregão, pois vincula às licitações ocorrerem de forma que gere menor índice de fraudes. Além das outras vantagens proporcionadas pela modalidade de licitação.

Com a aplicabilidade da lei do Código Civil, espera-se que venha a ajudar a regular e colocar ordem, para que as pessoas se sintam impostas ao cumprimento de seus deveres para que não sejam punidas.

A Boa fé surge para que os entes que participem das licitações, da administração pública se regrem para não se impor ao caráter ilícito de suas condutas.

Conforme o Código Civil verifica-se os artigos;

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sendo violada a Boa fé, com o cometimento de ato ilícito que exceder os limites impostos, será aplicado a Lei do Código Civil punindo o indivíduo.

Assim com a aplicabilidade da Lei do Código Civil, junto à modalidade pregão que traz uma forma de aplicação que também colabora com o menor índice de fraudes espera-se que, a Má fé acabe, que os licitantes que usem desta Má fé para burlar e fraudar comessem a se sentir afrontados e encurralados pela aplicação da lei.

CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico brasileiro criou a licitação como um meio de contratação na administração pública, para que ocorra concorrência de preços e que todos que estejam habilitados participem. Proporcionando várias

modalidades de licitação, onde a modalidade pregão traz um novo procedimento com o aspecto de facilitar a contratação.

As licitações são reguladas pela lei 8666/93, onde estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações na forma dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Oferecendo várias modalidades de licitações para que se conclua um contrato.

Mas a lei 10520/02 trouxe uma nova modalidade de licitação o Pregão, que estabeleceu benefícios com sua inversão de fases e celeridade processual. Aspectos relevantes e diferentes quanto às outras modalidades, vinculado a um caminho onde o processo é mais rápido e eficaz, pois com o grande número de licitações feitas anualmente as fraudes geram um grande desvio dos recursos públicos precisando ser impedidas.

Assim, compreendemos que é de grande importância a adoção da modalidade Pregão, que traz com sua forma de aplicação, a inversão de fases, o menor custo no procedimento licitatório, maior agilidade “celeridade”, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento, ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço; Com vantagens econômicas, tanto para administração pública, como para os licitantes.

Na prática, o que se observa efetivamente é a eficiência e, sobretudo, a economia a ganhar com a realização do Pregão, modalidade esta, que está sendo procurada cada vez mais pela Administração Pública.

Sendo uma modalidade já prevista em nosso ordenamento jurídico, com aspectos, características e vantagens que proporcionam diversos benefícios é o Pregão, pois todo seu procedimento acarreta que sua utilização seja mais viável à administração pública nas licitações, tornando assim, todo o seu trabalho administrativo referente às finanças públicas bem transparente.

REFERÊNCIAS

Lei 8666/93 – disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> – Acesso em: 10 Out. 2016.

Lei 10520/2002 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> – Acesso em: 10 Out. 2016.

Caro gestor, 2012, Disponível em: <http://www.carogestor.com.br/opiniao/o_pregao_breves_consideracoes_sobre_o_procedimento_a_aplicabilidade_a_necessidade_e_as_vantagens_do_pregao_presencial_e_eletronico>: Acesso em: 10 Out. 2016.

Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby, ob. cit., p. 419.

Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de JANEIRO de 2002 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> - Acesso em: 22 Out. 2016.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHOS DO DIVÓRCIO E O ABANDONO AFETIVO

MARISLEI FERNANDA RIOS PEREIRA:

Bacharelada do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

Prof^(a). Me^(a). **Thalita Toffoli Páez**(orientadora)

RESUMO: A motivação para este trabalho vem da realidade social das famílias e dos problemas enfrentados pelas crianças que estão neste contexto. Como os filhos compreendem e enfrentam os conflitos conjugais no casamento e na separação. Além do interesse nas dinâmicas do convívio familiar e dos conflitos envolvendo conjugalidade e como tudo isso reflete nos filhos. A cultura tem conservado padrões familiares, baseado no ideal de família nuclear patriarcal, mas diante da transformação social e jurídica, a legalização do divórcio trouxe um novo panorama para a dinâmica dos relacionamentos familiares. A evolução da família trouxe, a facilidade de se desfazer laços torna cada vez mais comum o divórcio, ou mesmo a dissolução da união estável, o que vem gerando em muitos casos problemas de convivência entre pais e filhos e prejudicando a qualidade de vida das crianças e adolescentes envolvidas nesse contexto. Todas as interações entre o ex-casal irão refletir de perto na forma como os filhos receberão as mudanças dessa nova condição, nesse sentido, é fundamental promover o entendimento dos ex-cônjuges que também são pais, e esclarece-los sobre a dinâmica que é desencadeada após uma separação. Portanto, dentro dessa análise, conclui-se que a qualidade das relações de parentalidade estão associadas, com maior intensidade à incidência de problemas emocionais, sendo certo que o relacionamento saudável dos pais é fator imprescindível para a saúde mental dos filhos.

Palavras-chave: Afeto, casal, dano moral, filhos

ABSTRACT: The motivation for this work comes from the social reality of the families and the problems faced by the children who are in this context. How children understand and cope with marital conflicts in marriage and separation. In addition to the interest in the dynamics of family life and conflicts involving conjugality and how all this reflects on the children. Culture has preserved family standards, based on the patriarchal nuclear family ideal, but in the face of social

and legal transformation, the legalization of divorce has brought a new panorama to the dynamics of family relationships. The evolution of the family has brought, the ease of breaking ties makes divorce more common, or even the dissolution of the stable union, which in many cases has generated problems of coexistence between parents and children and harming children's quality of life And adolescents involved in this context. All the interactions between the former couple will reflect closely on how the children will receive the changes of this new condition, in this sense, it is fundamental to promote the understanding of ex-spouses who are also parents, and clarify them about the dynamics that is Triggered after a split. Therefore, within this analysis, it is concluded that the quality of parenting relationships are associated, with greater intensity to the incidence of emotional problems, being that the healthy relationship of the parents is an essential factor for the mental health of the children.

Keywords: Affection: couple, moral damage, children

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA. 2 – AFETO. 2.1 O valor jurídico do afeto. 2.2 O afeto nas relações familiares. 3 - O abandono afetivo. 3.1 Como se caracteriza o abandono afetivo. 3.2 As consequências psicológicas e psicossociais. 3.3. O afeto nos tribunais. 4 - A RESPONSABILIDADE CIVIL. 4.1. Conceito de responsabilidade civil. 4.2 Natureza jurídica da responsabilidade civil. 4.3 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. 4.4 Elementos da responsabilidade civil. 5 - O ABANDONO AFETIVO E OS DANOS MORAIS DECORRENTES. 5.1 O abandono afetivo e as possibilidades de indenização. 5.2 A finalidade do dano moral e sua qualificação. 5.3 Entendimento jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A família primeira célula de organização social vem se desenvolvendo gradativamente, e trazendo nessa evolução, novos papéis e até mesmo a inversão dos papéis existentes na sua forma original.

Uma das dificuldades das famílias diz respeito a velocidade com que elas vem se transformando e expandindo suas possibilidades de relações internas e de mediação com o contexto social. Essas mudanças no âmbito das organizações familiares têm promovido distintas formas de expressão dos conflitos entre seus

membros e esses com seus grupos. Feres-Carneiro (Família e Casal – Arranjos e Demandas Contemporâneas)

Neste contexto, o direito de família vem se tornando um direito mais humanizado, sem esquecer completamente das questões patrimoniais decorrentes das relações familiares, essa área do direito tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais deste ramo das relações humanas, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de essência no desenvolvimento das relações interpessoais, por meio do desenvolvimento de seres humanos, mais completos e psiquicamente melhor estruturados.

O presente trabalho tem como foco o estudo do abandono afetivo dos pais e a reparação do dano decorrente do abandono afetivo com a aplicabilidade da Responsabilidade Civil. A pesquisa teve início com a busca de uma definição atual de entidade familiar, começando por conhecer suas matrizes históricas, abordando a evolução da família e filiação. Verifica-se que com o fim da família patriarcal, teve início uma nova concepção de família, baseada no vínculo afetivo. Considerando a grande importância que tem o afeto, na formação do indivíduo, e por esse motivo, os pais são responsáveis pela educação e criação dos filhos. O método a ser utilizado no trabalho é o método dedutivo, segundo o qual a análise parte de ideias gerais e vai para a esfera particular, ou seja, os princípios afirmados por esse método são tidos como verdadeiros e chega-se a conclusões de maneira puramente formal (em razão da lógica). O trabalho partirá de pontos gerais do Direito, como o conceito de responsabilidade civil dos pais e de dano moral – pontos utilizados não só nessa área do Direito, qual seja, o Direito de Família – e chegará ao ponto chave deste trabalho, que é a comprovação da existência do dano moral no abandono afetivo. Análise do julgado, podendo manter ou reformar por inteiro ou em parte a decisão do juiz singular. Portanto, além de dar maior segurança jurídica e certeza de justiça a ambas as partes, o Recurso Ordinário coloca em ação o princípio do duplo grau de jurisdição assegurado constitucionalmente. Com efeito, deve-se analisar e compreender os princípios do processo do trabalho a qual o Recurso Ordinário se submete.

Da mesma forma, verificamos os pressupostos de admissibilidade recursal, para o seu devido processamento e possível provimento, bem como alguns aspectos formais do Recurso Ordinário. Para tal pesquisa, fundará informações

em livros de doutrinadores renomados, bem como artigos de Lei, Súmulas e jurisprudências de vários Tribunais Regionais e Superiores do Trabalho.

1. A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA

A família sempre teve grande importância na formação do indivíduo, quer nos primeiros cuidados quando criança, na educação e na formação do caráter.

Com as mudanças ocorridas no mundo, especialmente, a partir da década de 1960, quando as mulheres começam a trabalhar fora do lar, com o uso da pílula anticoncepcional, o número de filhos caiu e a família começa a mudar. A mãe já não permanece o tempo todo com a criança e delega poderes para outras pessoas para cuidar delas na sua ausência, assim os filhos recebem influência de outras pessoas além dos pais.

“A família é a estrutura fundamental que molda o desenvolvimento psíquico da criança, pois é o primeiro local de troca emocional e de elaboração dos complexos emocionais que organizam o desenvolvimento psicossocial.

É responsável e catalisadora de todos os processos mentais, que se dão na relação e na transmissão de afeto e emoções determinantes para o desenvolvimento e crescimento do indivíduo.” Fraga (2005)

Com as mudanças na estrutura da família contemporânea, é comum um dos genitores ser a cabeça do casal e o outro ser uma figura ausente. A ausência de um dos genitores na criação dos filhos sobrecarrega de tarefas e responsabilidades aquele que fica com a guarda da criança, podendo causar um desequilíbrio que irá refletir na personalidade da mesma. Para que a criança tenha um desenvolvimento satisfatório e integral, o ideal seria que, tivesse a presença de ambos os seus genitores durante a sua formação.

2. AFETO

2.1 O VALOR JURÍDICO DO AFETO

A ideia clássica de família no Brasil era baseada na figura de um homem que se unia a uma mulher pelo casamento, com o consentimento da Igreja Católica. A sociedade baseava-se no sistema patriarcal, na qual o homem era a autoridade máxima e tinha todos os direitos sobre a mulher, cuja função era criar

os filhos e obedecer o marido, ocupando assim uma situação inferior nas relações familiares dessa sociedade.

O patriarca dava a máxima importância à propriedade, que refletia o seu poder no meio social. Ele deveria construir e preservar o seu patrimônio que seria herdado pela sua prole, que era formada pelos “filhos legítimos” nascido dentro do casamento, mas não eram herdeiros os “filhos bastardos,” nascidos fora do casamento, pois a legislação da época não o permitia.

A sociedade já não aceitava o tratamento desigual e o autoritarismo, nas relações das famílias, pois homens e mulheres possuem direitos iguais.

A Constituição de 1988 causou uma revolução no conceito de família, consagrando a dignidade da pessoa humana e a igualdade como princípios fundamentais, principalmente a igualdade de gêneros.

O conceito de família estendeu-se por todos os tipos de entidades familiares e a união estável e a isonomia entre cônjuges além da igualdade entre os filhos biológicos ou não, foram contemplados pela Constituição.

Nas relações familiares contemporâneas, o afeto, o respeito e o desejo de estar juntos é o elo formador da família.

O Código Civil de 2003 diz:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O afeto também é contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente no parágrafo segundo do artigo 28, que alude:

“Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Aos poucos o Direito de Família foi deixando o patriarcalismo e o direito ao patrimônio em segundo plano, abraçando o afeto como base da família humanizando as relações familiares.

2.2 O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto pode ser apontado como norteador da família atual, quando se está no convívio familiar quase tudo é movido por esse sentimento, sendo que é no seio familiar que os indivíduos aprendem as primeiras noções de respeito, de certo ou errado e do que é bom ou ruim. No entanto o afeto sendo um sentimento abstrato extrapola qualquer definição, possibilitando a reflexão, se ele é apenas um sentimento ou também um dever dentro da instituição familiar.

3. ABANDONO AFETIVO

A definição do que é afeto, como deve ser dedicado e o quanto, é algo muito subjetivo, pois se trata de sentimentos, porém a negativa em desferir amparo, assistência moral e psíquica em prejuízo da formação de uma criança ou mesmo desfazer os vínculos já estabelecidos, descumprindo deveres do poder patriarcal, isso sim pode se mensurar.

A responsabilidade na relação paterno-filial não é apenas patrimonial, uma vez que a Constituição elenca em seu artigo 229, a assistência emocional como uma obrigação legal.

3.1 COMO SE CARACTERIZA O ABANDONO AFETIVO

A ausência de familiaridade entre pais e filhos e o rompimento das ligações pessoais e afetivas entre eles podem provocar, grandes perdas na formação física e psicológica de um filho.

O abandono afetivo se dá quando ambos os pais ou apenas um deles se omite na convivência familiar de educar e dar afeto e carinho, uma vez que o laço afetivo está intimamente ligado a autoestima. É necessário que a responsabilidade não seja encarada somente de forma financeira, mas que se entenda o quão imprescindível é o cuidado diário dos pais.

3.2. AS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E PSICOSSOCIAIS

Segundo a psicologia e a psicanálise, é na infância que o ser humano tem a necessidade do “outro”, nesse período é que se forma a personalidade. Os pais tem importante papel sócio afetivo, pois o amor e o afeto são fundamentais para se viver e se humanizar cada vez mais. O abandono traz consequência incalculáveis para a criança que se sente rejeitada e humilhada, causando danos irreparáveis, como por exemplo o complexo de inferioridade que requer tratamento psicológico. A ausência injustificada de um dos pais causa dores psíquicas e prejuízos à formação da criança pela falta de afeto, cuidado e proteção.

A conduta omissiva, além de causar dano é uma infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção, decorrentes do dever familiar. A rejeição de um dos pais, causa mutilações psíquicas e emocionais na criança, o que gera prejuízo na sua formação.

3.3 O AFETO NOS TRIBUNAIS

Para o Poder Judiciário é um trabalho difícil determinar o amor, uma vez que dar ou receber carinho faz parte da intimidade do ser humano.

Os tribunais reconhecem a importância do afeto nas relações da família.

É possível encontrar o direito ao afeto na Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana disposta no artigo 1º, inciso II da Carta Magna abrange este conceito, a igualdade de todos os filhos, independentemente de suas origens (Art. 226, parágrafo 6º), o direito à adoção em virtude de afeto – filiação sócio afetiva (Art. 227, parágrafos 5º e 6º), bem como o direito à convivência familiar, previsto no artigo 226, parágrafo 4º. São vários artigos que poderiam ser interpretados como protetores do direito ao afeto.

Em casos de disputas judiciais, nos quais estejam envolvidos menores, deve-se garantir e priorizar o que é melhor para aquela criança ou adolescente, deixando em segundo plano o interesse dos maiores.

Na sua decisão, o magistrado deve optar pela moderação, bom senso e equidade, onde a lesão suportada pela vítima, não pode suscitar um abuso de direito e ter uma arbitragem prudente.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito desempenha um papel ético, tendo uma função social, moralizadora, de atitudes humanas na relação que se estabelece entre os indivíduos.

Um importante componente entre Direito e Moral é a ética. A ética busca o melhor, o justo, o correto para a prática de atitudes ponderadas para que o ser humano possa ter a capacidade de delinear sobre os meios e os fins nas atividades que realiza.

Desta forma, comprovando a junção entre direito e moral, tem-se o instituto da responsabilidade civil para a reparação de danos morais.

A missão constitucional dos pais é pautada nos deveres de criar, educar e assistir os filhos menores uma vez que a natureza assistencial do poder parental é o mais importante, pois coloca em destaque a afetividade responsável, que liga pais e filhos, propiciado pela convivência familiar. Diante de tais pressupostos é possível considerar a responsabilidade civil para o genitor que descumpra as obrigações derivadas do poder familiar, na relação paterno-filial e é justo procurar compensação indenizatória diante dos danos causados aos filhos, por força de uma conduta que nega aos filhos a convivência, o amparo moral, psíquico e afetivo.

4.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil extracontratual é abordada nos artigos 186, 187, 927 a 954 do Código Civil Brasileiro, examinando-se a obrigação de indenizar (a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade), e a indenização propriamente dita.

Os pressupostos da responsabilidade civil estão previstos no Código Civil (Lei 10406, de 10 de janeiro de 2001) e consiste no dever de reparar os danos provocados numa situação onde determinada pessoa sofre prejuízos jurídicos como consequência de atos ilícitos praticados por outrem.

A responsabilidade civil é abordada nos artigos 927 a 954 do Código Civil Brasileiro é uma parte do direito civil que procura reparar danos causados injustamente, onde se procura a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade e a indenização da vítima quando for o caso. A responsabilidade civil pode ser objetiva e subjetiva e está pautada na noção de não prejudicar o outro e no dever que a pessoa que provocou o dano tem de repará-lo.

4.2. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A natureza jurídica da responsabilidade civil é principalmente sancionadora. Ela se depara no princípio básico de não prejudicar ninguém e não causar dano a outrem. É o próprio sentimento de injustiça de indignação frente ao ato injusto e ilícito. Porém hoje se reconhece que a responsabilidade civil também deve ter caráter pedagógico.

Difícilmente após se ter estabelecido o litígio haja a possibilidade de se estabelecerem laços de afetividade. O autor da ação antes de bater à porta do judiciário, já bateu à porta do genitor e não obtendo êxito. Neste caso a condenação do réu ao pagamento da pecúnia, terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório. Serve de exemplo aos pais que não cumprirem a sua paternidade responsável.

4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

O artigo 186, que traz o ato ilícito, cuja responsabilidade é subjetiva, disciplina:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". E ainda, no artigo 227, caput: "Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Já o artigo 187, traz a responsabilidade civil objetiva, em que não há necessidade da comprovação da culpabilidade para que haja a obrigação de indenização.

4.4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como norte três elementos efetivos para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima: o dano à conduta humana e o nexo de causalidade.

O nexo causal é o que conecta a conduta ao resultado, isto é, o que estabelece entre a conduta do homem e o dano por ele praticado. Não pode haver responsabilidade sem nexo causal. Se ele não existir não será possível pleitear uma indenização. Ocorre o nexo causal na atitude do pai abandonar o filho, ausentando-se da convivência familiar, do companheirismo e do afeto, sem o qual o dano não teria sido causado.

Conceitua-se a culpa como a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a realização de um evento danoso involuntário e previsível. Todo ato ilícito, mediante uma conduta culposa que viola o direito de outro causando-lhe dano, deve ser indenizado, conforme o estabelecido no artigo 927 do Código Civil Brasileiro.

Portando a conduta é todo comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, gerando consequências jurídicas.

Configura-se dano como a lesão sofrida pelo ofendido, em seu complexo de valores protegidos no Direito, seja em sua própria pessoa moral ou física, ou seja a seus bens psíquicos, físicos, materiais ou morais.

O dano causado ao filho humilhado e colocado em situações vexatórias por rejeição e pelo abandono de um dos genitores, configura o abandono afetivo.

5. O ABANDONO AFETIVO E OS DANOS MORAIS DECORRENTES

O abandono afetivo ocorre quando um dos genitores não participa da vida dos filhos, sendo omissos para contribuir na educação do menor e na convivência com o mesmo, deixando de proporcionar assistência à criança prevista no art. 229 da Constituição Federal.

Quando um desses genitores não cumpre sua devida função gera um dano a personalidade da criança e do adolescente, o que parece uma verdadeira tortura para o filho que se sente abandonado.

Os pedidos indenizatórios no abandono afetivo existem porque, embora a dor não possa ser medida, é real e pode ser provada por laudos periciais de especialistas, como: assistentes Sociais, Psicólogos, Provas Documentais como Boletins Escolares, depoimento de testemunhas e o próprio interrogatório do juiz.

Sem dúvida o abandono afetivo causa um dano a personalidade do indivíduo, assim é necessário examinar cada caso concreto, para avaliar se é cabível o dever de indenizar.

5.1. O ABANDONO AFETIVO E AS POSSIBILIDADES DE INDENIZAÇÃO

Existe uma grande dificuldade de se provar o abandono afetivo por conta da subjetividade que envolve esse tema, no entanto o judiciário se embasa em pareceres técnicos de outras áreas que contribuem para que a decisão final seja justa.

A compensação econômica buscada pelo abandono afetivo gera opiniões diversas devido a sua polêmica. Por ser uma questão extremamente delicada leva os magistrados a uma análise minuciosa do caso concreto, devendo se ter cautela ao analisar ações movidas por filhos contra seus pais por abandono e rejeição, filhos estes vitimados por transtornos psíquicos em decorrência da falta sofrida na infância e adolescência atribuída ao pai demandado.

Existe uma preocupação constante de alguns juízes contrários a indenizações por danos morais no sentido de estarem incentivando a indústria do dano moral, concedendo indenizações pecuniárias aos filhos por abandono por parte dos pais.

Não é possível deixar de entender que o abandono moral do genitor, seu descaso com a educação, saúde e bem estar do filho, não possa ser considerada ofensiva a sua integridade moral e seus direitos, pois assim estaríamos banalizando algo tão importante e imprescindível a formação do ser humano. Cabe ao filho pleitear indenização por danos morais devido o abandono de um dos seus progenitores.

5.2. A FINALIDADE DO DANO MORAL E SUA QUALIFICAÇÃO

O dano moral, que é aquele que atinge o âmbito extrapatrimonial, decorrente de lesões aos sentimentos íntimos da pessoa causando amargura, tristeza, dor, rancor entre os mais variados sentimentos negativos. Como é muito difícil avaliar o dano, é preciso fazer com prudência e bom senso. Não há nenhum parâmetro ou limite imposto na Constituição quanto a fiscalização do dano moral e por isso caberá ao juiz avaliar o grau da culpa e extensão do dano e arbitrar para tanto um valor adequado.

O magistrado deve valer-se da regra do artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil brasileiro que alude: “Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Caberá ao juiz determinar os parâmetros valorativos/quantitativos que não pode ser tão baixo, o que levaria a ideia de que a ofensa não foi grave, nem tem alto, a ponto de caracterizar enriquecimento sem causa. Além disso o juiz deverá se atentar para condição econômica do ofensor, fixando um valor razoável sendo necessária a análise do caso concreto.

5.3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

É matéria recente nos tribunais, a responsabilização civil por abandono afetivo, em muitos casos as decisões são favoráveis e em tantos outros são contrárias, ainda não existe um consenso pois as particularidades de cada caso é o que contarão na elucidação dos pontos controversos e influenciarão na decisão do juiz.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que o Direito Civil brasileiro, baseado na Constituição Federal, os pais tem o dever de assistir, criar educar os filhos menores, é de suma importância para a sociedade e para as famílias que os pais sejam conscientes do seu papel e o quão sua ausência em qualquer das atribuições a eles delegadas pode prejudicar na formação e na vida em geral de seus filhos.

É lastimável saber que algumas pessoas necessitam cobrar da justiça uma solução paliativa para algo que deveria ser espontâneo, mais também é revigorante saber que de a justiça reconhece a culpa de quem se ausentou de um dever previsto em lei mesmo este dever sendo por vezes abstrato e imensurável.

REFERÊNCIAS

CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Monica **As Mudanças no Ciclo de Vida Familiar**. 2ª edição. Artmed 1995 Reimpressão

CARNEIRO, Terezinha Féres (organizadora) **Família e Casal - Arranjos e Demandas** Editora Puc Rio: Edições Loyola.

ARIÈS, Philippe; **História Social da Criança e da Família**. 2ª edição tradução de FLAKSMAN, Dora – LTC - Grupo Editorial Nacional..

WAGNER, Adriana e colaboradores- **Desafios Psicossociais da Família Contemporânea**- Pesquisas e reflexões- editora Artmed

ALMEIDA, Felipe Cunha de Almeida; **Responsabilidade Civil No Direito de Família** – Angustias e aflições nas relações familiares – editora Livraria do Advogado

Vitorino, Daniela; MINAS, Alan; Organizadores **A Morte Inventada- Alienação Parental em Ensaio e Vozes** – editora Saraiva21

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia; (organizadoras) **Família, Laços e Políticas Públicas** 5ª edição editora Cortez

TALOI, Maria Dolores Cunha; **Sob Fogo Cruzado** - Conflitos conjugais na perspectiva da criança e do adolescente – editora Ágora – São Paulo 2010

ROUDINESCO, Elisabeth; **A Família em Desordem** – editora Zahar

BAUMAN, Zygmunt Bauman; **Amor Líquido** - Sobre a fragilidade dos laços humanos – editora Zahar

PRESSUPOSTOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

EDRIENE VEIGA MALHEIROS:
Graduanda do curso de direito.
Faculdade Guanambi (FG).

RESUMO: Em uma clássica citação, Martin Niemöller em 1933, como um símbolo de resistência aos nazistas, dissertava como a cada dia levaram um de seus vizinhos, até que um dia, quando vieram buscá-lo, não havia mais ninguém para reclamar. Este emblemático pensamento é a matriz chave que funda o pensamento de Luigi Ferrajoli, em seu Garantismo, que objetiva limitar o abuso estatal e difundir valores de respeito e liberdade através do ideário da democracia. O presente manuscrito se emoldurou em uma pesquisa básica, qualitativa, que teve como objetivo precípuo a abordagem, de maneira modesta, sobre alguns pressupostos que integravam o Garantismo de Ferrajoli tanto em uma ótica Penal quanto Constitucional. Ao findo, em seus resultados, a pesquisa demonstrou uma imbricada relação entre a mudança de paradigma do direito, sua vertente constitucional intimamente ligada à figura da democracia, com a ressignificação da doutrina penal, que deveria ser dotada de maior seguridade e garantias ao indivíduo ante a manifestação estatal. Destarte, o presente manuscrito ao passo de sua conclusão ratifica que o artigo em tela será fruto de pesquisa futuras sobre o temário em destaque.

Palavras- chave: Direito. Moral. Justiça. Filosofia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Materiais e métodos – 3. Um novo paradigma do direito – 4.A tipologia dos direitos fundamentais – 5. Garantismo – 6. Constitucionalismo garantista – 7.Análise dos resultados; 7.1 O garantismo penal; 7.2 modelos de direito penal – 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se firma na perspectiva de abordar, em especificidade, o Garantismo de Luigi Ferrajoli, mais precisamente alguns pressupostos de natureza penal e constitucional, que são amplamente difundidos como o âmago de seu trabalho.

Ferrajoli (2002) é um autor italiano que reverberou o mundo com a sua teoria do Garantismo, que em princípio produzia vigorosas intervenções no modelo do Direito Penal, reinventando sua clássica aplicação em um sistema punitivo, agora, disposto em preservar a liberdade do indivíduo perante a atuação despótica do Estado, que há poucos anos era arraigado na herança absolutista.

Todavia, os escritos do autor não são concentrado apenas na seara penal, também possuindo um desdobramento imensurável na figura constitucional, o que evidentemente, não obsta que seja aplicado nas demais áreas do Direito a disposição de apreciação teórica do meio acadêmico-científico.

No constitucionalismo seu redesenho ganha vertentes de reconhecimento do aparato político, fundado na ideia de validade e legitimidade, defendendo que há de se produzir certo protagonismo do legislador na elaboração do desenho institucional do Estado, todavia, este estaria limitado a intervir somente em vertentes que não cerceassem, de maneira alguma, a liberdade do indivíduo (FERRAJOLI, 2002).

Essa condição é explanada em suas mais variadas obras, que versam dos mais variados temas. Além do fator primordial que é a existência de uma relação imbricada sobre o constitucionalismo contemporâneo e o ideal democrático (FERRAJOLI, 2014).

Este manuscrito objetivará, para tanto, a exposição de alguns pressupostos, organizados em temas de construção cronológica e temática, com o intento de se complementarem ao longo do trabalho, de modo a fomentar, conforme supratranscrito, uma compreensão satisfativa da abordagem aqui objetivada.

Todavia, é compreensível que o presente manuscrito não esgotará, sobremaneira, a temática posta em tela, uma vez que além de se tratar de um objeto de estudo complexo, a pesquisa tem como função precípua o resgate teórico dos fatores acima expostos de maneira a condicionar uma maior compreensão do autor e sua proposta conceitual.

A investigação disposta respeitará um processo de pesquisa eminentemente teórico e terá o intento de explorar bibliografias atinentes ao temário disposto, que, por se tratar de um artigo científico não esgotará ou satisfará

a abordagem como um todo, mas terá como escopo um desenvolvimento continuado para pesquisas futuras.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Em um prisma conceitual, pode-se compreender pesquisa como um processo formal, que se perfaz em um modo sistemático, respeitando uma metodologia científica, tendo por observância precípua a produção de respostas diante a problemáticas constantes na realidade, utilizando para tanto um procedimento próprio (GIL, 1999).

Dentro do prisma da Pesquisa, é possível segmentá-la em eixos específicos que são modulados de acordo com o tratamento e observação do universo abordado. A pesquisa elencada no referente trabalho constitui um cunho básico, pois gera conhecimentos teóricos dirigidos a solução de problemas gerais, o que resvala sobre uma ótica regional ou global; é de cunho qualitativo, pois há fatores indutivos na construção do referente trabalho (Ander-Egg apud MARCONI, 1990).

O manuscrito foi produzido utilizando periódicos e obras que possuem grande relevância e sintonia com o objeto tratado, de forma a caracterizar e explorar com o máximo de potencial as questões tratadas na pesquisa.

3. UM NOVO PARADIGMA DO DIREITO

Na perspectiva de um parêntese histórico sobre o entendimento do direito como um todo, Luigi Ferrajoli redesenha as bases fundamentais da construção dialógica de um direito voltado em sinergia para um contexto de democracia. Imantado por vezes sobre a égide penalista, a vocação teórica de sua proposta é emoldurada sobre vieses que extrapolam em demasia as esferas específicas do direito, conforme se prelecionará a seguir.

Na renovada dimensão cívica e democrática dos estudos penalísticos, a ciência penal e filosofia jurídica existe sempre – ou melhor, deveria existir – uma relação essencial entre ambas. Porque no Direito Penal, o bem se cumpre com a exigência de dotar-se em um firmamento axiológico, e por um elo filosófico-político, que incorre em sistematizar em uma pura técnica de controle social e político (FERRAJOLI, 2004).

Do mesmo modo que pode ser constituída de forma inversa, sendo o bem na filosofia jurídica se compromete com os grandes temários da liberdade e fundamentação da crítica ética-política do direito e das instituições existentes, começando pelas instituições repressivas do Direito Penal e Processual (FERRAJOLI, 2004).

Foi justamente o Direito Penal que durante os séculos XVII e XVIII, na grande filosofia política do jusnaturalismo racionalista de Hobbes a Locke, de Thomasius e Pufendorf a Montesquieu e Voltaire, há Beccaria, Bentham, Filangieri e Romagnosi, constituíram suas batalhas contra o despotismo repressivo e inquisitório próprio do antigo regime, e foi definindo os valores da civilização jurídica moderna nas linhas mestras do Estado de Direito e o respeito da pessoa humana, nos valores da vida e da liberdade pessoal, sobre o nexos entre a legalidade e a liberdade, a liberdade de consciência e de expressão, na concepção de direito e do Estado como artificios cuja legitimação depende do cumprimento de suas funções e tutela dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2004).

Deste modo, na segunda metade do nosso século há uma troca de paradigmas no direito positivo nas democracias avançadas, que impõe uma revolução epistemológica nas ciências penais, em geral, a ciência jurídica e seu conjunto. Esta mudança de paradigma na estrutura do Direito positivo foi produzida na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, graças às garantias da rigidez das constituições introduzidas pela previsão de procedimentos especiais para sua revisão; ademais, o controle da legitimidade das leis era realizado por parte dos tribunais constitucionais (FERRAJOLI, 2004).

A produção é uma transformação radical no papel das constituições. Os primeiros textos constitucionais, começando pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, foram documentos essencialmente políticos, cuja natureza de leis positivas, incluso em resultado incerto, conforme crítica de Bentham, inveterado utilitarista (FERRAJOLI, 2004).

Neste diapasão, FERRAJOLI (2004), afirma que nem sempre somos bastante conscientes do alcance revolucionário causado pela mudança de paradigma do direito que, provavelmente, seja a maior conquista jurídica deste século. Essa revolução que altera, junto com a estrutura do direito, no papel da

ciência jurídica e da jurisdição e na natureza política da mesma capilaridade que a democracia.

Em seu modelo epistemológico, a jurisdição, por caso, configura-se como aplicação da mecânica da lei, e da ciência jurídica como “dogmática”, vinculada unicamente aos dogmas da lei, qualquer que seja seu sentido. Por outro lado, há o princípio da onipotência da política e sua primazia sobre o direito; por ser a legislação competente e a política, correlativamente, vez que o legislador se habilita democratizado mediante as formas da representação parlamentar, como uma concepção puramente política, formal, e procedimental da democracia, identificada com a vontade soberana da maioria (FERRAJOLI, 2004).

É muito difundido, que o constitucionalismo em nossos dias marcaria uma revanche do jusnaturalismo contra o positivismo jurídico. Esta tese se emoldura em autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, que passa a conter certa “verdade”. O “positivismo jurídico” é entendido como um sinônimo de “formalismo jurídico”; é decidir sobre uma concepção e um modelo de direito que tem como critério de reconhecimento a existência da validade das leis, na forma de produção destas independentemente de seu conteúdo (FERRAJOLI, 2004).

Sendo, para tanto, o constitucionalismo jurídico sujeito a validade legiferante por uma “substância”, que perfilam os conteúdos, a forma das decisões, fundando em princípios constitucionais como critérios de justiça e não somente em regras procedimentais como requisitos para uma existência e validade formal, reintroduzindo o direito em uma racionalidade substancial. Racionalidade que era a própria tradição jusnaturalista e havia sido sacrificada ante as instâncias da racionalidade formal, como Max Weber, que se afirmava como o primeiro positivista jurídico (FERRAJOLI, 2004).

4. A TIPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante a compreensão da morfologia do direito penal, a estrutura secular que perfilava o direito e suas tipicidades, cumpre elucidar sobre os direitos fundamentais a tipologia traçada por Ferrajoli, de forma a clarificar e tornar nítido sua pretensão teórica no que tange sua abordagem.

Ao viés de uma tipologia sobre os direitos fundamentais, a definição proposta, segue entre estes direitos subjetivos em que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas com capacidade de agir (qualquer expectativa de atos jurídicos)(FERRAJOLI, 2009).

FERRAJOLI (2009) propõe as cisões estruturais, com base nesta definição, distinguem a estes direitos de todos os demais, em três, todos sendo independentes das expectativas que tutelam, sendo:

a) A forma universal de sua importação, entendido em um sentido lógico valorativo de sua quantificação universal de uma classe de sujeitos que, como pessoas, cidadãos com capacidade de produzir atos jurídicos, são seus titulares;

b) Em seu estatuto de regras gerais e abstratas, deve dispor, o que nomina-se de normas hipotéticas, em oposição as normas “téticas” (tecnicistas), nas situações singulares dispostas pelos atos negociados, por exemplo, que prevêm hipóteses (vacância legal);

c) Seu caráter indisponível e inalienável, e tanto incubem de igual forma e medida em todos os seus titulares, por oposição aos direitos patrimoniais e nas restantes situações singulares que, em troca, pertencem a cada um com exclusão dos demais.

Graças à identificação destes três caracteres, um corolário do outro, esta definição puramente formal diz que em caso que se queira tutelar um direito como fundamental, é preciso protegê-lo, de um lado de todo o intercâmbio mercantil (perspectiva capitalista/monetizada do direito), conferindo igualdade mediante enunciação na forma de uma regra geral e, por outro, na arbitrariedade política do legislador ordinário mediante a estipulação de tal regra em uma norma constitucional colocada em cima do mesmo (FERRAJOLI, 2009).

5. GARANTISMO

Uma vez compreendendo a historicidade e abordagem teórico-hermenêutica, a mudança de paradigmas e a enunciação da morfologia dos direitos fundamentais, por fim, produz a ideia do Garantismo, o escopo primordial da

intervenção de Ferrajoli na contemporaneidade, que será esposado em especificidade.

O garantismo nasce em um contexto de direito penal como resposta ao ceticismo por justiça que a esquerda (orientação ideológica popular) italiana possuía na metade de 1970, em oposição às medidas governamentais de emergência e as restrições de garantias deste processo, que a priori foram estabelecidas para combater a violência política e o terrorismo mafioso (JARAMILLO, 2016).

Na habitualidade do vocábulo, a terminologia “garantismo” ganhou potência nos mais demasiados léxicos gramaticais, reverberando dicionários e produzindo um vasto corpo teórico a ser explorado pela academia. Poder-se-ia perfilá-lo como o caráter próprio das constituições democrático-liberais mais evoluídas, o que consiste no fato de que essas estabelecem instrumentos jurídicos sempre mais seguros e eficientes – a exemplo o controle de constitucionalidade de leis ordinárias – com a precípua observância de dar seguridade de normas e ordenamentos por parte do poder político (IPPOLITO, 2011).

Por conseguinte, materializa-o na forma de uma doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos (de controle e limitação do poder estatal). Em síntese, o garantismo emoldura-se em dimensão política do constitucionalismo rígido e teoria normativa do constitucionalismo rígido, o garantismo se torna então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, o paradigma normativo do “direito penal mínimo” (IPPOLITO, 2011).

Em minúcias, conceituamos o garantismo em uma posição política de virtude na qual o direito consagra os direitos de liberdade e sociais em um sistema de garantias, representadas por limites jurídicos a todos os poderes públicos e privados, que consistem em proibições e obrigações. Os limites e vínculos que as constituições contemporâneas estabelecem ao poder político constituem em um sistema de garantias para propagar a defesa dos direitos frente sua violação por parte do Estado ou de particulares (JARAMILLO, 2016).

Por sua vez, as garantias constitucionais são as proibições ou obrigações que correspondem a expectativas positivas ou negativas que se estabelecem

normativamente, por regular-se, como direitos subjetivos. O garantismo, em um contexto de direito, significa que os ordenamentos jurídicos têm a vocação de garantir as proibições, como não ser lesado por outros, o direito de propriedade, e obrigações, como os direitos e prestações dos outros a pauta social (JARAMILLO, 2016).

Neste diapasão, os direitos fundamentais prevalecem, por tanto, sobre qualquer outra consideração política. Representa a faceta do constitucionalismo, que formula as técnicas idôneas de garantia para assegurar o máximo de efetividade aos direitos constitucionais. O Estado é um artifício instrumental criado para conseguir um único fim fundamental: garantir os direitos das pessoas. O pressuposto do garantismo é a ideia, presente em Montesquieu, quando sustentava que o poder deve dividir-se para que se possa preservar a liberdade de fato, conforme na qual o poder há de se desvirtuar em um potencial abuso, em caso de unidade (unilateralismo) (JARAMILLO, 2016).

Destarte, o garantismo, se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais, para as quais a vitalidade e o desenvolvimento dependem – majoritariamente – do empenho civil de cada um que compõe a sociedade (IPPOLITO, 2011).

6. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Compreendendo a perspectiva do garantismo, bem como seu contexto histórico e epistêmico, seu viés de amparo aos direitos fundamentais, alçado em um constitucionalismo contemporâneo, cabe ser abordado em minúcias ao discorrer deste campo.

O Estado Constitucional se caracteriza por uma onipotência da política e do legislador; o primeiro, porque a política deve conceber-se como um instrumento para a realização e garantia do direito e, particularmente, dos direitos fundamentais; e no segundo, por que a validade – em especial – as legitimidades das leis transcendem o feito de sua vigência. Neste sentido se articulam as dimensões jurídicas e políticas na teoria unitária de Ferrajoli, onde o direito e democracia são

dimensões, reciprocamente complementares, de um mesmo plano conceitual e de um mesmo projeto político (JARAMILLO, 2016).

O paradigma constitucional resultante da mudança estrutural do Estado de Direito pode ser descrito mediante quatro princípios postulados, que correspondem a garantias que se perfilam em primárias e secundárias. Sendo este Modelo Garantista (MG), um paradigma de caráter normativo que, apesar de ser um modelo teórico, é formal e formalizado (FERRAJOLI, 2014).

O primeiro postulado é o princípio da legalidade, é o produto da primeira e elemental articulação multinível do ordenamento jurídico, realizada com a distinção entre a produção legislativa do direito e sua aplicação jurisdicional e administrativa, a primeira supraordenada e a segunda edificada formalmente como solução legiferante. Sobre a égide do paradigma constitucional o princípio da legalidade assume uma nova complexidade, como princípio normativo e, ao mesmo tempo, como princípio lógico (FERRAJOLI, 2014).

O segundo postulado é o princípio da plenitude deontica, em virtude da qual, onde quer que existam direitos, os interesses estabelecidos por normas primárias deverão ser introduzidos como garantias primárias dos poderes correspondentes, devendo, limitar o Estado em notada proibição ou obrigação perante os tutelados na observância de satisfazê-los, utilizando-se de prerrogativas institucionais primárias, por sua vez separadas de qualquer outro poder (FERRAJOLI, 2014).

Com efeito, não teria sentido falar em paradigma legislativo, onde a lei é a fonte suprema do ordenamento e, por tanto, não caberia dissertar sobre vínculos e obrigações ao legislar; do mesmo modo que, em tal paradigma, não teria sentido falar do princípio da estrita legalidade como princípio jurídico, e não somente político, e, pelo mesmo motivo, de eventuais limites e proibições de direito positivos impostos ao legislador (FERRAJOLI, 2014).

O terceiro postulado é o princípio da jurisdicionalidade, que impõe o fato de que onde existam normas e garantias primárias, deverão também existir, contra suas possíveis violações, normas secundárias, que predisponham uma intervenção de garantias secundárias aos jurisdicionáveis, por ação de funções específicas e instituições de garantia, também separadas de qualquer outro poder. Com efeito,

somente será possível a predeterminação legal do objeto em júdice, uma vez fundado na jurisdição acerca da determinação preestabelecida pela constituição, segundo o princípio (hobbesiano) simétrico do *veritas, non auctoritas facit iudicium* (FERRAJOLI, 2014).

Por fim, o quarto e último postulado, é o princípio da acionabilidade, conforme a qual, onde exista uma jurisdição, esta deverá estar prevista como garantia secundária, sua ativação pelo titulares dos direitos e dos interesses lesionados e, com caráter complementar e subsidiário, por parte de um órgão público capaz de suprir as possíveis inércias e debilidades existentes (FERRAJOLI, 2014).

Por conseguinte, há a necessidade de assumir o princípio da acionabilidade como um princípio geral do modelo garantista, idôneo para assegurar a efetividade dos outros três princípios – jurisdicionalidade, legalidade e plenitude deôntica – mediante a integração da ação privada com a encomendada em um órgão público (FERRAJOLI, 2014).

7. ANÁLISE DOS RESULTADOS

A exposição do presente manuscrito objetivou uma linearidade teórica que pontuou desde a mudança de paradigma do direito e seus reflexos na modernidade, aos institutos que emolduram a doutrina de Ferrajoli, desde a perspectiva dos direitos fundamentais, ao garantismo e os movimentos constitucionalistas.

O autor produz uma intervenção dialógica com o constitucionalismo contemporâneo e o ideário democrático, reputando-se sempre ao Estado Democrático de Direito. Todavia, em sua tratativa, a seara penal sempre é abordada, por ser o Direito de maior relevância, a certo modo, por ser àquele responsável por chegar a restringir o maior direito de todos, a liberdade.

Deste modo, a fim de satisfazer de maneira mais profícua o conteúdo aqui abordado, será esmiuçado o Garantismo Penal de Ferrajoli, de modo a complementar e estruturar em firmamento mais vigoroso as vertentes abordadas até então.

7.1 O GARANTISMO PENAL

Com efeito, é sobre a base do direito penal que se manifesta e se define da maneira mais transparente e dramática, nas relações entre o Estado e o cidadão, entre a autoridade e a liberdade, entre a defesa social e as garantias individuais. E é a partir deste paradigma penal que os limites legais impostos através das garantias penais são processadas pelo sistema dos poderes públicos, que, por sua vez, manifestam seu valor garantista, no âmbito de sua legislação e sua jurisdição penal (FERRAJOLI, 2017).

A reflexão sobre as garantias penais e processuais apresentam uma extraordinária fecundidade para a elaboração de uma teoria do estado constitucional de direito e da democracia constitucional. Esse paradigma garantista elaborado a partir da teoria posta, com o percurso constitucional democrático posterior a segunda guerra mundial, suscitou uma capacidade em múltiplas direções: a garantia que os direitos de liberdade são também direitos sociais constitucionalmente estabelecidos; os sistemas de limites e vínculos impostos no solo aos poderes políticos públicos, também aos poderes econômicos privados; aos modelos normativos de funcionamento dos poderes para garantir os direitos fundamentais em plano dos ordenamentos internos e internacionais (FERRAJOLI, 2017).

Ao mesmo tempo, a análise da crítica e divergências que se suscitam no direito penal são entre Validade e Efetividade, entre Dever Ser e Ser, entre as intervenções punitivas e os modelos normativos e práticas efetivas, sendo, em vias de fato, suscetíveis de ser ampliadas a toda fenomenologia do direito. Deste modo, confere-se a ciência jurídica como alternativa tradicional ao método técnico-jurídico e a posição estéril entre o enfoque normativista e o enfoque realista, desempenhando um papel crítico e protetivo da (ilegitimidade) realidade efetiva e do funcionamento concreto dos sistemas jurídicos a luz do contraste com os modelos normativos (FERRAJOLI, 2017).

7.2 MODELOS DE DIREITO PENAL

Uma vez compreendendo de forma modesta a estrutura do garantismo penal, far-se-á imprescindível a breve menção de uma proposta que dispõe na envergadura de um modelo e, no comparativo, como seria um modelo contraposto a proposta garantista aludida no presente manuscrito.

O modelo garantista penal é composto por um plano epistemológico que, para além dos seus pressupostos filosóficos, perfilar-se-á na decidibilidade que assegura a verdade processual das hipóteses de delito formuláveis como pressupostos da pena. Ferrajoli, portanto, formula e separa os princípios fundamentais em sistemas ou modelos axiomáticos, que constituem uma morfologia complexa e única, sobre a égide de um novo paradigma (FERRAJOLI, 2002).

Estes axiomas, conforme supramencionados, não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não enunciam as condições que um sistema penal em eficácia satisfativa, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Tal característica possui um caráter deontico, correspondente à matriz axiológica demandada, pressupondo uma opção ético-política a favor dos valores normativamente tutelados, justificando seu caráter normativo entre justiça, validade e efetividade penal (FERRAJOLI, 2002).

Conforme aludido anteriormente, um dos princípios basilares para emoldurar uma tipologia no sistema de garantismo foi o da legalidade, cumpre, à luz do garantismo penal, diferenciar a legalidade da legalidade estrita. Enquanto axioma, a mera legalidade limitar-se-á exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (exemplo do brocardo “não há crime sem lei anterior que o defina”), outrossim, o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (FERRAJOLI, 2002).

Neste diapasão, no primeiro (mera legalidade), a lei é condicionante, pois determina sobre uma tutela de determinado objeto e o segundo (legalidade estrita), a lei é condicionada, pois deve ater-se a um conjunto de limitações e, conforme preleciona o autor, o cidadão deve ser amparado ante a qualquer arbitrariedade Estatal, tanto que funda-se o princípio correlato a uma norma metalegal dirigida ao legislador (condição limítrofe ao exercício legislativo) (FERRAJOLI, 2002).

Em uma perspectiva modal de um direito penal autoritário, perfilar-se-á garantias sumárias como a culpabilidade (vínculo fático e de dependência entre agente e fenômeno delituoso), materialidade (conduta externalizada), lesividade (dano provocado) e a retributividade (a perspectiva de “justiça”, ou satisfação/reparação da eventual perda produzida) (FERRAJOLI, 2002).

Já no contrassenso, em um comparativo a um modelo de matriz arcaica, esta projeta uma reflexão de ordenamentos penais primitivos, informados pela responsabilidade objetiva – coletiva, ou pelo fato alheio ou impessoal –, ligada por sua vez ao conhecimento e à vontade da ação e/ou do fato delituoso, ao critério elementar do talião. O que rechaça, de pronto intento, elementos como o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, que vinculam réu e delito (FERRAJOLI, 2002).

A presente sistemática pode ser caracterizada pela figura legal do delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre o direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referência à subjetividade desviada do réu. Deste modo, oportuniza-se comportamentos decisionistas, que confia a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais (FERRAJOLI, 2002).

Edificando a perspectiva de um Direito Penal Mínimo e Garantista, este concebe o direito penal essencialmente como uma técnica de definição, comprovação e repressão dos desvios que provocam reações punitivas por parte do Estado. A existência desta ótica, como dado empírico, fundamenta o surgimento do problema e sua justificação externa, da casualidade de recorrer a razões e critérios extra-jurídicos, de índole moral, ética-política e de utilitarismo, sobre os quais podem construir modelos que expressem princípios básicos em fenômenos que possam ser fundamentados (AGUILERA, 2017).

Para firmar essa ideia, Ferrajoli apresenta em seu modelo garantista como uma reação alternativa frente aos modelos autoritários (contrapondo a exposição arcaica anterior), resultantes de invocar parâmetros utilitaristas, desde sua perspectiva “não revisada”, “não reformada”. O critério geral que parte da corrente do utilitarismo consiste em uma máxima utilidade para um maior número, em qual, translado a matéria penal, se traduz na afirmação de que em um fim único da pena para prevenir futuros delitos, tendo em mente à tutela e a proteção da maioria (doutrina da defesa social) (AGUILERA, 2017).

Em suma, o direito penal, na visão ferrajoliana, está orientado em tutelar os direitos fundamentais dos mais fragilizados frente à violência que pode recair sobre vítimas e indivíduos marginalizados, de parte ativa das próprias vítimas e, também,

por parte do Estado. Sendo assim, não está justificado lesionar direitos com delitos e castigos arbitrários e desproporcionados (AGUILERA, 2017).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente manuscrito teve como escopo a investigação teórica sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli, consubstanciado em pressupostos penais e constitucionais, de modo a expor de maneira sucinta e com abordagem perfilada por temários, a fim de buscar uma satisfação, ainda que superficial, do conteúdo abordado.

A compreensão de que toda a discussão na contemporaneidade foi firmada através do rompimento de paradigmas, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, quando o Direito reconhece que falhou e precisava ser reavaliado, no mosaico que demonstra a necessidade de valores democráticos para fundar as bases de qualquer Estado de Direito que objetivasse o respeito por uma coletividade.

Valores máximos como liberdade, respeito, dignidade, transformaram o cidadão em um sujeito de direitos capaz de, por intermédio das intervenções proibitivas e obrigativas do garantismo penal, em uma blindagem contra desmandes e arbitrariedades praticadas pelo ente estatal.

Nestes moldes o constitucionalismo contemporâneo ganhou corpo e pujança, sendo almejado em vigor por países que emergiam sobre o manto do pós-guerra e, por conseguinte, também a perspectiva do direito penal acabava por ser reinventada através da ótica garantista.

Ferrajoli é sem dúvida o percussor de uma das bases mais sólidas que hoje possibilitam discussões de um Estado Democrático de Direito e um Direito Penal maior que a necessidade de punir, de criminalizar, mas de produzir uma intervenção político-pedagógica de reinserção em vias de fato na sociedade, possibilitando discussões até mesmo sobre temas hodiernos, como a justiça restaurativa, entre outros.

Assim, perfila-se no trabalho em tela o resgate que o autor faz não somente em ideais que ensejam a democracia e os valores difusos de respeito e liberdade, desde direitos fundamentais ao sistema garantista, mas a necessidade de

participação por integralidade do organismo social que, legitimamente, é o vetor primordial para pavimentar a mudança necessária a fim de estimular e desenvolver o progresso da humanidade.

A pesquisa ocupou-se de explicitar de forma sucinta, mas de maneira mais completa e abrangente possível seu objeto de investigação, de modo que ainda que não possa satisfazer plenamente as tratativas aqui dispostas, esta será uma base para produções futuras no que compreende o temário em tela.

REFERÊNCIAS

AGUILERA GARCIA, Edgar R. **Garantismo extremo o mesurado: La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan. Isonomía**, México ,n. 40, p. 61-93, 2014. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 07abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

_____. **Epistemologia jurídica y garantismo**. Editora Fontama. D.F. México, 2004.

_____. **Garantismo penal: Isonomía**, México , n. 32, p. 209-211, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&nrm=iso. Acesso em 02 de abr. de 2017.

_____. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editora Trotta. Madrid, 2014.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editora Trotta. Madrid, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. Vol. 3. Unisinos. janeiro-junho de 2011.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: a propósito de Principia Iuris. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**. V. 12. Nº 3. Setembro-dezembro de 2016.

MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 2ª ed. Atlas: São Paulo, 1990.

TIPIFICAÇÃO DO TERRORISMO À LUZ DA LEI 13.260 DE MARÇO DE 2016: CRIME OU ATO PREPARATÓRIO

WANESKA RESPLANDE RODRIGUES:
Acadêmica do curso de Direito Faculdade
Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO (orientador) ^[1]

RESUMO: Existe a dificuldade internacionalmente reconhecida no labor de conceituar e combater juridicamente o terrorismo. O Brasil que está entre o quinto e oitava economia do mundo, era o único que não se encontrava com legislação própria em relação às 34 nações que integram o Gafi (Grupo de Ação Financeira Internacional). Tipificou o terrorismo diante da lei 13.260/2016, que estabeleceu vantagens ao Estado por ter atualmente o crime tipificado diante de inúmeras ameaças internacionais realizadas pelos terroristas, mas também a lei trouxe desvantagens ao agente ao responder pelo tipo penal, já que penaliza os atos preparatórios. O legislador criou um tipo penal sem a devida análise do tema, se encontrando com diversas lacunas, resultando na dificuldade do entendimento e uma adequada aplicação da norma.

Palavras-Chave: Terrorismo. Tipificação. Atos preparatórios.

ABSTRACT: There is the internationally recognized difficulty in conceptualizing and legally combating terrorism. Brazil, which is among the world's fifth and eighth economies, was the only one that did not have its own legislation in relation to the 34 nations that make up the Gafi (International Financial Action Task Force). It typified terrorism before the law 13,260 / 2016, which established advantages to the State for having currently criminalized in the face of numerous international threats made by terrorists, but also the law has disadvantages to the agent when responding by the criminal type, since it penalizes the preparatory acts. The legislator created a criminal type without the due analysis of the subject, meeting with several gaps, resulting in the difficulty of understanding and an adequate application of the norm.

Keywords: Terrorism. Typification. Preparatory Acts.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O TERRORISMO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA. 3. TERRORISMO E ASPECTOS CARACTERIZADORES PARA A TIPIFICAÇÃO DO

DELITO. 4 ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDÊNCIAS. 5 CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS. 5.1 ITER CRIMINIS. 5.2. PREJUÍZO AO AGENTE. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As grandes ameaças e ataques sofridos, iniciou-se conhecido mundialmente com o atentado à Torre Gêmeas no dia 11 de setembro de 2001, coordenado pela rede Al Qaeda que deixou quase 3.000 mortos, fato que hoje é conhecido internacionalmente. Posteriormente a França recebeu constantes ameaças e inúmeros ataques ligados ao islamismo radical, sendo que somente no ano de 2015, foram mais de 230 pessoas mortas e 700 feridas. Desde então, o mundo vem se preparando para enfrentar esse arrebatamento violento para fins políticos, onde os governos violam direitos e a própria liberdade dos cidadãos.

A legislação brasileira até pouco tempo não demonstrava o interesse necessário em tipificar o crime de terrorismo, mesmo com vários projetos de lei, como o de número 728 de 2011 do Senado Federal, a PL 1558/2011 da Câmara dos Deputados e Projeto de lei do Senado Federal nº 762, de 2011, todos rejeitados. Todavia, com a Olimpíadas a serem realizadas no Brasil, encontrou-se pressionado por organizações internacionais, tipificando então o terrorismo, mesmo acreditando ser impossível um ato dessa magnitude em seu território, por se tratar de um país pacífico.

Em pleno século XXI raramente se tratava sobre o tema em nossa legislação, o artigo 5º XLIII da Constituição Federal, “ lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. A Lei de Segurança nacional criminaliza o crime de terrorismo, todavia se refere a vários tipos penais em um mesmo artigo, onde os atos de terrorismo se encontram no termo geral, não havendo sua conceitualização. Desta forma, assim como a Constituição, a Lei de Segurança Nacional não trouxe os elementos caracterizadores para o crime de terrorismo, dispondo da seguinte forma em seu Art. 20 da lei n. 7.170/83:

Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Conceituado pela lei 13.260 de março de 2016, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalização, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. A Lei também criminaliza os atos preparatório em seu artigo 5º, “ Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade”.

Ao realizar a leitura do tipo penal, constata-se que há uma punição rigorosa de atos meramente preparatórios e, ao fazê-lo, altera os limites do Direito Penal, sem qualquer respeito aos princípios da lesividade e da intervenção mínima. Não há previsão, no ordenamento penal brasileiro, de condenação de atos preparatórios para crimes de homicídio, lesão corporal grave ou explosão.

Os atos preparatórios fazem parte do Iter Criminis, conhecido também como Caminho do Crime, que trata as etapas do agente para praticar determinado delito. Assim, primeiro há a cogitação, que é quando o agente planeja em sua mente o fato típico. Posteriormente, os atos preparatórios, que será o principal assunto a ser discutido, que se refere quando o agente começa a obter os meios necessários para a prática do delito. Em seguida os atos de execução, que se trata quando o agente inicia a prática do delito; e por final a consumação, o agente atinge seu “objetivo”.

Os requisitos para existência do crime é a ação ou omissão do agente. É necessário também que a conduta seja típica e antijurídica. Diante destas informações a lei em vigor está trazendo prejuízos ao agente ao penalizar os atos preparatórios.

2 O TERRORISMO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

O terrorismo tem um conceito amplamente contestado devido a certa dificuldade em sua conceituação. Sua primeira definição no dicionário foi realizada há mais de dois séculos, possuindo os mais variáveis significados do termo, passando por muitas definições diferentes no decorrer do tempo.

Assim, pode ter diversos significados conhecidos internacionalmente, como adverte Reinares (1998,p.16):

Uma das primeiras dificuldades que surge na hora de definir 'terrorismo' decorre da característica eminentemente subjetiva do terror. Tendo como propósito 'destruir a moral de uma nação ou de uma classe, socavar sua solidariedade' (Walzer, 2001, p. 269), o terrorismo é uma forma de violência cuja realização se objetiva no âmbito psicológico do indivíduo. Seu efeito é uma disposição psicológica e, portanto, íntima: o terror. Essa natureza subjetiva, para Wilkinson (1977, p. 43), constitui precisamente um dos problemas fundamentais que se apresenta na hora de tentar defini-lo. O medo é um fenômeno subjetivo e não há como determinar objetivamente um umbral crítico único para o terror, que dependerá de fatores tão variáveis como os pessoais, os funcionais e os culturais. Mas o problema no caminho de uma definição convincente de terrorismo é que essa incerteza é precisamente o objetivo estratégico dessa peculiar forma de violência.

Conforme dicionário Aurélio, "terrorismo^[2] é o conjunto de atos de violência cometidos por agrupamentos revolucionários". Esta é a última definição revisada recentemente, no dia 27/02/2017.

Como lembra Walter Laqueur (2002, p.7), nenhuma definição pode abarcar todas as variedades de terrorismo que existiram ao longo da história.

O terrorismo iniciou-se no século I d. C., grupo de judeus chamados sicários^[3], atacavam cidadãos judeus e não judeus considerados a favor do comando romano. Sicário, em latim "sicarius" que significa "homem da adaga", é

um termo aplicado, nas décadas imediatamente precedentes à destruição de Jerusalém em 70, para definir um grupo extremista separatista de zelotas judeus, que tentaram expulsar os romanos e seus simpatizantes da Judeia. Os sicários utilizavam a "sica", o termo latino para um tipo de adaga pequena, escondidas em seus mantos, sendo a origem de seu nome. Em reuniões públicas, eles sacavam estas adagas para atacar romanos ou judeus simpatizantes, se misturando depois à multidão para escapar. Os sicários foram um dos primeiros grupos organizados cujo objetivo era a realização de assassinatos.^[4] O que confirma esta teoria seria o registro da existência de uma seita mulçumana no final do século XI d.C., que exterminava os inimigos no Oriente Médio. Alguns afirmam que nesta época surgiu a denominação "assassino".

No século XIX teve a origem do terrorismo moderno no contexto europeu^[5], grupos terroristas viam o Estado como seu principal oponente. A luta era centralizada para obtenção de uma sociedade sem Estado, assim, os grupos visavam atacar o chefe de estado e não os cidadãos. Na metade do século XIX houve a expansão dos grupos, como consequência, surgiram novos grupos, como os bascos na Espanha, os curdos na Turquia e Iraque e os mulçumanos na Caxemira.

O povo Basco são minorias nacionais, que vivem entre a França e a Espanha, sendo um povo que aspira conquistar seu território para colocar em prática seus costumes, culturas, não aceitando a subordinação ao governo do país que habitam.

Um movimento nacionalista criado em 1959 chamado de ETA "Euskadi ta Askatsuna" ou Pátria Basca e Liberdade surgiu devido a busca incessante dos bascos pela independência de seu território. O grupo promove atentados urbanos às autoridades do governo e até mesmo à sociedade civil, tendo como objetivo pressionar o governo Espanhol e Francês a ceder território. No decorrer da história diversos ataques são lembrados, como o de 1968, atentado ao Chefe de Polícia da capital do país basco chama de San Sebastian; o de 1973, atentado contra o Primeiro Ministro Luis Carrero, que morreu em um carro bomba em Madrid; em 1995 ataque terrorista ao líder do Partido (PP), José Maria Aznar, recém eleito primeiro-ministro, no entanto, ele conseguiu sair ileso graças à blindagem de seu carro.^[6]

O povo curdo é formado por aproximadamente 25 milhões de pessoas, sendo um grupo que se julga nativo da região Oriente Médio, sendo uma organização social alicerçada no sistema de clãs. Os curdos buscam independência política e territorial do Irã, Iraque, Síria e Turquia, todavia essa luta vem sendo combatida de forma violenta pelo Iraque e Turquia. Os curdos estão estabelecidos em uma região rica de petróleo, o que fez na década de 80 o ditador Saddam Hussein usar armas químicas para matar 5 mil curdos.[7]

O Iraque instituiu um projeto de autonomia parcial para os curdos, sendo criada uma zona de segurança, onde parte dos curdos se concentram na região norte do país. Todavia essa luta ainda está longe de acabar, pois país nenhum irá querer abrir mão de seus territórios.

O conflito da Índia e Paquistão pela região de Caxemira é um dos casos que melhor ilustram disputas. Os dois estados foram criados após a independência, onde estava sob o domínio inglês. O problema é que as diferenças culturais e religiosas afetaram diretamente os dois países, assim a Índia que tem como religião o hinduísmo, começou a rivalizar com o Paquistão, visto serem muçumanos. Os dois países tinham algo em comum, a região de Caxemira se localizava entre os dois países, sendo alvo de interesse de ambos. Em 1947 ocorreu a primeira guerra, que não resolveu a discussão. Posteriormente mais guerras estiveram presentes, sendo uma em 1965 e outra em 1971. Ainda restou avanço da China sobre a região, tornando ainda mais delicado a situação. Em 1972 houve o Acordo de Simla, de forma pacífica, permanecendo até final dos anos de 1990. Até os dias atuais a situação de Caxemira permanece complicada.[8]

Com as evoluções tecnológicas no século XX, os ataques terroristas começaram a alcançar mais poder e causar mais danos, visto que possuía tecnologias de alto poder destrutivo e outros recursos, como a internet.

Após o ataque terrorista em 2001 nos EUA, o terrorismo foi classificado em quatro formas: terrorismo revolucionário, surgido no século XX, seus praticantes eram conhecidos como guerrilheiros urbanos marxistas; terrorismo nacionalista, fundado por grupos que queriam constituir um novo Estado-nação dentro de um Estado já existente; terrorismo de Estado, praticado por Estados Nacionais, seus atos integram duas ações, ou seja, o ataque a própria população e a segunda

contra população estrangeira; e terrorismo de organizações criminosas, que seriam os atos praticados com fins econômicos e religiosos.

É importante esta reflexão. A separação dessas ações é basilar para a compreensão da prática terrorista e para a apreciação dos discursos construídos sobre o terrorismo.

3. TERRORISMO E ASPECTOS CARACTERIZADORES PARA A TIPIIFICAÇÃO DO DELITO

É certo que a tipificação do terrorismo era necessária, pois diante de inúmeras ameaças e ataques a outros países, e ameaças ao próprio povo brasileiro, esta era a alternativa correta a tomar. O Brasil não poderia admitir que o terrorismo fosse praticado em seu território e não pudesse penalizar o agente por falta de tipo penal, estando diversos países atualmente com o crime tipificado.

Ao realizar a tipificação de um crime, o mesmo deve ser analisado detalhadamente, o que não ocorreu com a lei 13.260 de 2016, onde o legislador passa por cima dos direitos e liberdades da pessoa humana, tipificando um crime de forma corriqueira e sem devida análise do tema, buscando apenas satisfazer uma obrigação imposta por outra nação, com o principal objetivo de conseguir concretizar as olimpíadas no Brasil.

As normas internacionais, através de convenções e pactos constituem que a normatização contra o terrorismo deve ser acutelada e resguardar todos os direitos e liberdades fundamentais, assim é importante destacar a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Decreto nº 5.639/2005) em seu Artigo 15:

1. As medidas adotadas pelos Estados Partes em decorrência desta Convenção serão levadas a cabo com pleno respeito ao Estado de Direito, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

2. Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de desconsiderar outros direitos e obrigações dos Estados e das pessoas, nos termos do direito internacional, em particular a Carta das Nações

Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos, o direito internacional humanitário, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos refugiados.

A lei 13.260 de 2016 se encontra com várias lacunas, como explicitado anteriormente, o que não necessitaria advir, devendo a acepção ser objetiva, de tal modo assevera o penalista Damásio E. de Jesus (1999, p. 275):

A lei penal, ao descrever o delito, deve restringir-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, no sentido de ficarem bem delineados o direito de punir abstrato e o jus libertatis a ele concernente. Se a tipicidade constitui uma garantia liberal, relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores.

O homicídio é o melhor exemplo de descrição típica simples e correta: 'Matar alguém'. Nela não se encontra qualquer elemento atinente à antijuridicidade. O tipo só descreve os elementos objetivos, materiais, da conduta.

O legislador deixou um tipo penal aberto, desta forma com uma linguagem muito ampla e ao mesmo tempo vaga, deixando uma interpretação subjetiva da norma por parte dos juízes e integrantes do sistema de justiça. Assim passa a exigir um grande trabalho intelectual do julgador, onde não terá a capacidade de descrever e prever todas as condutas possíveis do agente ao responder pelo tipo penal.

Como bem ensina Guilherme de Souza Nucci (2016, p.49):

A definição legal da infração penal há de ser feita de forma clara e inteligível, para não gerar tipos abertos demais, causando o esvaziamento do princípio da legalidade. O tipo aberto é aquele que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado. Levando-se em consideração

que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras. Exemplo disso seria a elaboração de um tipo penal enunciando como crime “agir perigosamente contra os interesses da sociedade”. Qualquer conduta, conforme critérios imponderáveis do juiz, poderia encaixar-se nesse preceito, ferindo, obviamente, o princípio da legalidade.

Assim, notamos que o juiz ao julgar um agente suspeito de prática terrorista, usará a analogia *in malam partem* para incriminar a conduta do réu, o que não é admissível, devendo ser feita apenas em benefício ao réu, ou seja, analogia *in bonam partem*.

Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 37) assevera “não se admite a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu. Nem todas as vozes são contrárias ao emprego em geral da analogia no Direito Penal.”

Carnelutti (1999, p. 74) afirma: “Considero que a proibição da analogia na aplicação das leis penais é outra superstição da qual devemos nos livrar. Nisso não se deve enxergar uma consequência do princípio da certeza jurídica, senão uma desconfiança com relação ao juiz, a qual, se tem razões históricas bastante conhecidas, carece de todo fundamento prático”.

Em julho de 2016, conforme reportagem do O Globo^[9], dez pessoas foram presas por suspeita de preparar ataques terroristas nas olimpíadas, sendo pessoas amadores e com poucas chances de conseguir realizar um ataque terrorista. Na reportagem, o ministro Alexandre de Moraes alega que algumas dessas prisões foram feitas com base na realização de batismo via internet dos suspeitos e a tentativa de realizar a compra de uma arma no exterior. Neste caso, um simples batismo e tentativa de compra de arma não deve ser motivo para penalizar um agente pelo crime de terrorismo, sendo a analogia *in malam partem* usada no referido caso. Logo, nem a tentativa de compra de arma enquadraria em porte ilegal de arma, pois o agente não chegou a portá-la.

Com a urgência de tipificar o terrorismo no Brasil, não se teve tempo suficiente para ir a fundo sobre a matéria, deixando a lei a desejar. Existem poucas doutrinas que abrange o tema, havendo pouca discussão acerca, mas as lacunas explícitas nos fazem questionar sobre a eficácia da norma. Assim, há o receio de que quando for preciso haver a luta contra o “terror” haja restrição ou extinção dos direitos.

A lei 13.260/2016 em seu Art. 2º, §1º incisos I, IV e V, §2º, Art. 3º e Art.5º, estabelece as condutas que serão enquadradas como prática de terrorismo:

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

Neste caso, o agente ao realizar qualquer conduta no inciso I estará praticando ato antijurídico e punível, não sendo necessário a prática cumulada de todas as condutas, exemplo: transportar gases tóxicos capazes de causar destruição em massa à população, conduta já será penalizada.

Os incisos II e III foram vetados , sendo justificado que os dispositivos apresentavam definições muito amplas e imprecisas, violando também os princípios da proporcionalidade e taxatividade.^[10]

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e

processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

A lei possui uma violação à taxatividade ao definir terrorismo como a finalidade do agente em “provocar terror social ou generalizado”, deparando-se com mais conceito aberto da legislação. O problema se repete ainda mais uma vez no Art. 2º, §2º, que discrimina as hipóteses que não se enquadram como terrorismo, citando “propósitos sociais ou reivindicatórios”. Em ambos os conceitos são indeterminados.

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

No Art. 5ª discrimina a punibilidade dos atos preparatório, tema que vem sendo discutido no decorrer do presente artigo.

4 ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDÊNCIAS

Percebe-se que a lei ora objeto de estudo afronta alguns princípios do direito penal, como exemplo citamos o princípio da intervenção mínima e da lesividade.

No Princípio da intevenção mínima o direito penal não pode interferir em demasiado na vida do indivíduo, ainda não retirando sua autonomia e liberdade. Conforme Guilherme de Souza Nucci (2016, p.27), “a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes”.

Mercedes García Arán (1998, p.98) comenta que: “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”.

No princípio da taxatividade, Nucci afirma: “Significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma.” (2016, p. 67).

O princípio da taxatividade não foi observado pelo legislador ao elaborar a lei, visto que não é clara e precisa, capaz de ensejar diferentes entendimentos. Assim, para formular uma lei penal, exige-se extrema qualificação e competência do legislador.

Em análise ao princípio da proporcionalidade, que significa quando as penas são harmônicas de acordo com à gravidade da infração penal, o legislador agiu de forma eficaz, aplicando pena ao máximo no crime de terrorismo, visto tratar de um crime de tamanha magnitude. Assinala Guilherme de Souza Nucci, “Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa” (2016, p. 30).

Por fim, em relação ao princípio da lesividade, Nucci (2016, p. 32) afirma:

Aceitamos o ponto de vista de que o Direito Penal deve ocupar-se de condutas graves, ofensivas a bens jurídicos relevantes, evitando-se a intromissão excessiva na vida privada de cada um, cerceando em demasia a liberdade alheia e expondo ao ridículo, muitas vezes, o ser humano, buscando puni-lo por fatos nitidamente irrelevantes aos olhos da imensa maioria da sociedade.

Não se trataria de um Direito Penal típico do Estado Democrático de Direito, mas de um Estado Totalitário e Intervencionista. Porém, não vemos o nomeado princípio da ofensividade como algo autônomo, com vida própria, distinto, pois, do princípio da intervenção mínima. Afinal, em homenagem à ultima ratio, deixa-se ao Direito Penal o âmbito da tipificação das condutas mais sérias, efetivamente lesivas a interesses relevantes. Punir pensamentos, por exemplo, seria o ápice da invasão de privacidade do indivíduo. Ofenderia o denominado princípio da lesividade? Na realidade, atacaria a intervenção mínima.

Desta forma, deve-se respeitar a esfera íntima do cidadão, havendo assim o respeito à intervenção mínima. Não é todo bem jurídico que merece proteção do direito penal, existem vários ramos para isso. O que pode ser ofensivo em determinados bens, são inofensivas em matéria penal.

Poucas discussões há sobre o terrorismo, apesar de completar um ano do vigor da norma, ainda não foi objeto de estudo pelos doutrinadores, e muito menos STJ e STF.

No dia 25 de agosto de 2016 o STJ em relação ao HC 368966, o ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ indeferiu habeas corpus ao agente que responde pela prática de atos preparatórios do crime de terrorismo. O mesmo fundamentou com base no RISTJ^[11] no art. 210, “quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos”. Essa foi a única decisão encontrada no STJ. A punibilidade dos atos preparatórios do agente ainda não foi analisada.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, indeferiu o pedido de agentes que respondiam pela

prática do crime de terrorismo no HC 50361351520164040000 5036135-15.2016.404.0000 de

18 de Agosto de 2016, tendo a seguinte decisão:

“Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por Ronaldo Vaz de Oliveira em favor de VITOR BARBOSA MAGALHAES contra ato do Juízo da 14ª VF de Curitiba, que decretou a prisão temporária do paciente no bojo da denominada "Operação Hashtag".

A investigação teve início em 09/05/2016 para apurar possível ocorrência dos delitos previstos no artigo 3º da Lei nº 13.260/2016 e no art. 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.850/13, em razão da identificação, em redes sociais tais como Facebook e Twitter, de perfis brasileiros com postagens de cunho radical, mais especificamente de apoio e promoção da organização terrorista internacional conhecida como Estado Islâmico (EI). O pedido de decretação da prisão temporária visa à neutralização dos planos terroristas referidos nas investigações, especialmente no período dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, bem como a completa instrução da investigação, possibilitando a oitiva simultânea de todos os investigados, dificultando o acerto premeditado de versões, após serem surpreendidos pela busca e apreensão em suas residências. Foi determinada ainda a custódia dos presos temporários em Presídio Federal pelo MM. Juiz Federal Marcos Josegredi da Silva.”^[12]

[...]

Feitas essas considerações, e a par da relevância dos fundamentos da impetração, em análise sumária dos autos, tenho que o caso demanda a prévia vinda de informações da autoridade impetrada e a oitiva do Ministério Público Federal. Diante do exposto, indefiro o pedido liminar. Nota-se que o ato de acessar as redes sociais com postagens de apoio e promoção da organização terrorista,

os mesmos tiveram prisão temporárias decretadas e até mesmo prorrogadas.

No STF a punibilidade dos atos preparatórios em questão também ainda não foi objeto de análise, todavia o caso acima analisado foi objeto também de análise, conforme Agravo Regimental na reclamação de número 24.847 do Paraná, todavia a mesma se trata apenas de pedido de mudança de carceragem para viabilizar o regular exercício da defesa e dos próprios atos de investigação:

RECLAMAÇÃO – ATO IMPUGNADO – PARADIGMA – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL 06/12/2016 PRIMEIRA TURMA AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 24.847 PARANÁ. Não havendo identidade material entre o ato impugnado e o paradigma evocado, impõe-se a negativa de seguimento à reclamação.

Cabera? ao STF decidir, em eventual julgamento, a constitucionalidade dessa regra.

5 CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS

5.1 Iter Criminis

O caminho do crime ou iter criminis é a sucessão dos vários atos que devem ser praticados pelo criminoso para atingir o fim desejado. Assim, é possível identificar quando a conduta do agente pode ser punida.

Desta forma, o agente percorre várias etapas para a consumação do crime, iniciando com a cogitação, preparação, execução e finalmente a consumação.

A cogitação, é a simples ideia no pensamento do agente em praticar determinado delito, sem nenhuma materialização do tipo. Posteriormente nos atos preparatórios terá o planejamento do fato típico, ou seja, os passos a tomar para obter a execução do crime. Logo, temos o exemplo do agente que realiza a compra de uma corda, sendo o objeto essencial para a prática do crime de homicídio cogitado. É sabido que determinados atos preparatórios por si só caracterizam crime autónomo, como o porte de arma de fogo com numeração raspada (Estatuto do Desarmamento) para a prática de homicídio.

A próxima etapa é a execução, o agente inicia a prática dos elementos do ilícito penal. Da execução pode resultar em tentativa ou consumação, sendo a primeira quando o agente por motivos alheios à sua vontade não consuma o crime e a segunda quando o agente atinge o seu objetivo. Ex. João tinha o dolo de matar Pedro desferindo vários tiros de arma de fogo, logo após realizar essa conduta Pedro veio a óbito, logo houve a consumação do crime.

Sintetizando, a cogitação e os atos preparatórios não são punidos pelo Direito Penal brasileiro conforme o critério adotado pelo art. 14, II do Código Penal, a menos que os atos preparatórios estejam tipificados como crime autônomo.

5.2. Prejuízo ao agente

Excepcionalmente admita-se a punição dos atos preparatórios por si, sem configurar tipos penais autônomos. Todavia é perigoso essa previsão legal, pois a interpretação é bastante ampla do que pode ser ato preparatório. Assim, a mera reunião de pessoas ou a aquisição de uma passagem aérea pode ser interpretada como “atos preparatórios” de terrorismo. Assim o interprete pode alegar que as pessoas tinham o propósito de realizar um ataque ou que a compra das passagens seria para fuga.

Deve-se destacar que o agente pode desistir dos atos preparatórios a qualquer momento, onde sequer chegaria na tentativa do crime. Como no exemplo citado acima, a compra das passagens poderiam ser canceladas a qualquer instante, ou na realização da viagem e desembarque no país de destino, as pessoas optarem por realizar passeio turístico e desistirem de iniciar a prática do delito.

O referido crime cabe prisão temporária durante o Inquérito Policial, fazendo com que aqueles que estão respondendo pelo tipo penal tenham sua liberdade restringida, mesmo que por tempo determinado, sendo para crime simples de prazo máximo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias e ao hediondos e equiparados a 30 dias, podendo ser prorrogado por mais 30 dias. Deve-se destacar que no caso de terrorismo, será o prazo referente aos crimes hediondos e equiparados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objeto de pesquisa as questões correspondentes à tipificação do crime de terrorismo através da lei 13.260/2016, cujo tema que tem sido pouco comentado por doutrinadores e muito menos jurisprudência, é amplamente comentado nos noticiários, questionando a eficácia da norma.

Pretendeu-se proporcionar, de forma muito sintética, mas objetiva e estruturante, uma familiarização e maior proximidade com o terrorismo e seu contexto histórico.

As controvérsias em relação à criminalização dos atos preparatórios são várias, havendo posicionamento a favor da tipificação da lei e contrária ao seu texto legal. Alguns entendem que é correto a criminalização dos atos preparatórios, por ser o crime de terrorismo ameaçador ao território brasileiro, todavia por ser uma norma que abrange um tema de elevada importância, deveria ter sido elaborada com a devida análise do tema, resultando assim em uma aplicação penal sem questionamentos e dúvidas sobre o texto legal, o que não ocorreu.

O legislador através dessa tipificação pune o agente que não chegou a iniciar a execução do crime e também os atos preparatórios; ao analisar a conduta em si, tornam-se condutas atípicas. Desta forma, usando a analogia in malam partem do tipo penal.

É explícito a necessidade de reanálise da lei 13.260/2016, tanto no conceito de terrorismo, como nos textos vagos presentes na mesma, inclusive ao abranger a criminalização dos atos preparatórios.

O que é discutido não é somente a criminalização dos atos preparatórios, o terrorismo é um crime grave, merece ser punido severamente, mas o que o legislador quis caracterizar como ato preparatório deixou a questionar a norma, criminalizando uma conduta “geral”. É obrigatório o legislador respeitar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, bem como os princípios do Direito Penal e Constitucional, devendo determinar o que seria atos preparatórios

e quais serão os atos criminalizados caso sejam praticados; deixar a interpretação analógica a critério do juiz prejudica o agente.

De fato, não se pretendeu exaurir o tema, tampouco delimitar o vasto campo sobre o assunto. Faz-se notar, que ninguém pode considerar-se perfeito nesse tipo de tarefa, pois o assunto demanda bastante aprofundamento.

Conclui-se que a tipificação do terrorismo é essencial para a legislação brasileira, devendo ser possível a punibilidade dos agentes de forma efetiva, desde que atenda aos requisitos e princípios previstos na legislação.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Aprovada em 2016, Lei antiterrorismo permitiu prisão de suspeitos. Senado Federal, 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/21/aprovada-em-2016-lei-antiterrorismo-permitiu-prisao-de-suspeitos>>.

AGÊNCIA SENADO. Projeto de Lei do Senado nº 762, de 2011 - (projeto de lei antiterrorismo). Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103889>>.

AGÊNCIA SENADO. Projeto de Lei do Senado nº 728, de 2011. Senado Federal. Disponível em:.

BARBOSA MARREIROS, RUCHESTER. Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191 – A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ Convenção Interamericana contra o Terrorismo. DECRETO Nº 5.639, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2005. Publicado no Diário Oficial da União em 27 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>.

_____, LEI Nº 7.170, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1983. Publicado no Diário Oficial da União em 14 de Dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>.

_____, LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016. Publicado no Diário Oficial da União em 18 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.html>.

_____, DICIONÁRIO AURÉLIO 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/terrorismo>>.

CÂMERA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e Outras Proposições PL 1558/2011. Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508108>>.

CAPEZ, FERNANDO. Direito Penal Simplificado. Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, FRANCESCO. El problema de la pena. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.

CARVALHO, Leandro. "Terrorismo"; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 09 de março de 2017.

DE SOUZA NUCCI, GUILHERME. Manual de Direito Penal. 12ª ed. rev., atual. e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIRCEU BARROS, FRANCISCO. A trapalhada do ladrão gordo. Jus Brasil, 2012. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941079/a-trapalhada-do-ladrao-gordo>>.

FERNANDES, DANIELA. O que põe a França na mira de extremistas? BBC BRASIL 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36799204>>.

Fernandes, Cláudio. Conflito na Região de Caxemira. Disponível em: .

FREITAS, Eduardo de. "Povo Basco"; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2017.

FREITAS, Eduardo de. "Povo Curdo"; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2017.

GARCIA ARÁN, MERCEDES E MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal-Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blach, 1998.

JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA. Direito Penal. Parte Geral. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORNAL NACIONAL. PF Prende 10 Suspeitos em Operação contra o Terrorismo no Brasil. Globo.com.2016. Disponível em:<<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/07/pf-prende-10-suspeitos-em-operacao-contr-o-terrorismo-no-brasil.html>>.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 20.a ed. revista, atualizada e ampliada. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LAQUEUR, W. A history of terrorism. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

LOQUERCIO EYMARD, José; CALDAS GIORGI, Fernanda e MEGALE LOPES, Antonio Fernando. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 - "Lei antiterrorismo". Migalhas, 2016. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239952,11049-Lei+n+13260+de+16+de+marco+de+2016+Lei+antiterrorismo>>.

MARONES, SANDRO LOUREIRO. Atos preparatórios e executórios na tentativa: teorias, limites e diferenças. Disponível em:< http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicao_noticia/ATOS_PREP_EXEC.pdf> .

MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MOURA, JOÃO VICTOR. Terrorismo, Mídia e o que o Islã tem a ver com isso. Revista O Viés. 2009. Disponível em: <<http://www.revistaovies.com/reportagens/2009/11/terrorismo-midia-e-o-que-o-islã-tem-a-ver-com-isso/>>.

OLIVEIRA, ELIANE. Projeto que tipifica terrorismo no Brasil é aprovado. JORNAL O GLOBO 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/projeto-que-tipifica-terrorismo-no-brasil-aprovado-17904434>>.

ORSINI MARTINELLI, JOÃO PAULO E SCHMITT DE BEM, LEONARDO. Lições Fundamentais de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROBERTO BETENCOURT, CEZAR. Tratado de Direito Penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. 11 de Setembro: do Terror à Injustificada Arbitrariedade e o Terrorismo de Estado. Revista de Sociologia e Política. v. 23, n. 53, p. 14, mar. 2015. In: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v23n53/0104-4478-rsocp-23-53-0009.pdf>>.

STJ. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/528/3393>>. Acesso em: 30 Abril 2017.

TRF4. Jurisprudência. 2017. Disponível em: . Acesso em: 30 Abril 2017.

WIKIPÉDIA. Sicário. Disponível em: Acesso em: 29 Março 2017.

ZALMAN, Amy. Sicarii: the first century terrorists. Disponível em: Acesso em: 29 Março 2017.

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. Email: [\[email protected\]](mailto:)

[2] Dicionário Aurélio. 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/terrorismo>>. Acesso em: 29 Abril. 2017.

[3] Wikipédia. Sicário. Disponível em: Acesso em: 29 Março 2017

[4] ZALMAN, Amy. Sicarii:the first century terrorists. Disponível em: Acesso em:29 Março 2017.

[5] CARVALHO, Leandro. "Terrorismo"; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2017.

7 FREITAS, Eduardo de. "Povo Basco "; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2017.

[7] FREITAS, Eduardo de. "Povo curdo"; Brasil Escola. Disponível em . Acesso em 29 de abril de 2017.

[8] Fernandes, Cláudio. Conflito na Região de Caxemira. .

[9] JORNAL NACIONAL. PF PRENDE 10 SUSPEITOS EM OPERAÇÃO CONTRA O TERRORISMO NO BRASIL. Globo.com.2016. Disponível em:<<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/07/pf-prende-10-suspeitos-em-operacao-contr-o-terrorismo-no-brasil.html>>.

[10] _____, LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016. Publicado no Diário Oficial da União em 18 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>

[11] STJ. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/528/3393>>. Acesso em: 30 Abril 2017.

[12] TRF4. Jurisprudência. 2017. Disponível em: . Acesso em: 30 Abril 2017.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

NÍVEA MARIA ARCELA DE LIMA:
Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário de João Pessoa - UNIPÊ,
Pós - Graduada em Ciências Penais pela
Universidade Anhanguera Uniderp -
Rede de Ensino LFG e Advogada.
Cidade: João Pessoa - PB.

RESUMO: Este artigo tem como intuito abordar a alteração de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, após a análise do *Habeas Corpus* nº 126.292 e a decisão tomada pela Corte Constitucional brasileira nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, que passou a readmitir a execução provisória da pena após acórdão condenatório proferido por órgão colegiado em segunda instância, afirmando que o artigo 283 do Código de Processo Penal não veda esta possibilidade.

Palavras – chave: alteração orientação jurisprudencial, execução provisória pena, segunda instância.

SUMÁRIO: Introdução, Execução Provisória da Pena, Ausência de Violação ao Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, Considerações Finais, Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em Outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF apreciando liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC 43 e 44, modificou sua orientação jurisprudencial e passou a admitir, em decisão tomada por maioria de seu plenário (7x4), a execução da pena após condenação em segunda instância.

O Partido Ecológico Nacional - partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da OAB (ambos legitimados de acordo com o art. 103, incisos VII e VIII da Constituição Federal) ajuizaram Ações Declaratórias (ADC's 43 e 44), com o intuito que o Tribunal confirmasse

a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

As ações foram impetradas, pois desde fevereiro de 2016 após o julgamento do Habeas Corpus nº 126292, o STF modificando seu entendimento passou a compreender ser possível a execução da pena depois da apreciação e julgamento por órgão colegiado – segunda instância. Esse fato gerou uma grande discussão jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, tendo em vista que diversos tribunais do país passaram a adotar o mesmo entendimento “ignorando” o que dispõe o art. 283 do Código de Processo Penal- CPP.

A decisão tomada pelo STF preceitua que a norma inserida no art. 283 do CPP, não proíbe que a pena seja executada após julgamento em segunda instância.

Em análise jurisprudencial sobre o tema, verifica-se que até o ano de 2007 a jurisprudência do STF era firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não possuíam efeito suspensivo.

A partir de 2008 no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em fevereiro de 2009, oportunidade em que, por (7x4), definiu-se que o princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal) se revelava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Destarte, apenas a partir de 2009, a jurisprudência do STF consentiu com a impossibilidade de execução das penas privativas de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por conseguinte, instalada a controvérsia jurisprudencial, cabia ao STF por meio das ADC 43 e 44 decidir no plano abstrato sobre ser possível ou não a execução provisória da pena em razão da norma insculpida no art. 283 do CPP, levando em consideração que as decisões tomadas em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme estabelecido pela Lei 9868/1999.

O objetivo deste artigo é avaliar em que conjuntura se deu a mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e

que apesar das opiniões em contrário, está em conformidade com os direitos fundamentais a execução provisória da pena, levando em consideração que não desrespeita a regra trazida no art. 283 do Código de Processo Penal.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Após o julgamento do Habeas Corpus 126.292 o STF passou a admitir a execução da pena após condenação em segunda instância.

Por 7 votos a 4 , o plenário do STF decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, já podendo ser executado independentemente da presença de qualquer hipótese que autorize a prisão cautelar.

O nosso Tribunal Maior entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e fez prevalecer o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

Com essa decisão tomada no HC 126.292 de 17/02/2016, foi gerada a discussão jurisprudencial em torno do princípio constitucional da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE

A Constituição brasileira de 1988 ampliou significativamente a seara dos direitos fundamentais, colocando-se entre as constituições mais avançadas do mundo em relação ao assunto.

Em nossa Constituição é evidenciado que os direitos fundamentais são elementos basilares para a realização do princípio democrático.

Inicialmente, vale enfatizar que o princípio da presunção de inocência tem sido encarado como sinônimo de presunção de não culpabilidade sendo, portanto, expressões análogas.

Essa discussão acerca da nomenclatura do princípio pode ser justificada pela utilização de termos distintos pela Constituição Federal e Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8º, item 2 usa a expressão “inocência” *in verbis*:

Artigo 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:

(...)

Já a CF/88 em seu art. 5º, inciso LVII, usa a expressão “culpado” *in verbis*:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tal princípio encontra amparo no art. 5º, inciso LVII da CF e consiste no entendimento de Renato Brasileiro no direito de não ser declarado culpado, senão ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de provas pertinentes a sua defesa (princípio da ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (princípio do contraditório),ou seja, o reconhecimento de uma infração penal pressupõe um sentença condenatória com trânsito em julgado.

Nesse contexto, a regra é a liberdade do indivíduo e o encarceramento deve ser tido como uma exceção, só admitida como medida extrema.

Entretanto, interpretando o texto constitucional e o texto convencional, verifica-se que ambas impõem limites temporais distintos quanto ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Na redação da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH infere-se que o indivíduo será considerado inocente, enquanto não for legalmente

comprovada a sua culpa, ou seja, até o duplo grau de jurisdição, a CADH dá direito apenas a duas instâncias e não “comumente” a quatro – Vara Criminal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, ou ainda que se aguarde o trânsito em julgado da sentença.

Conforme noticiado pelo STF, o Ministro Luís Roberto Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anteriormente adotado pelo STF sobre a matéria “não era garantista, mas grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos”. Entre os argumentos utilizados pelo renomado Ministro destaca-se que o sistema anterior incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal devido ao fato de ampla possibilidade recorrer em liberdade aproveita-se majoritariamente aos réus abastados, e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.

Segue parte do seu voto que cristalina seu posicionamento quanto ao tema:

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos dos recursos especial e extraordinário em liberdade para então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela de bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao se permitir que a punição seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.

Nesse sentido também foi o entendimento da Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmen Lúcia que argumentou:

(...)se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas,

a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo.

Em decorrência da análise dessa posição, agora adotada pela Corte Suprema relembra-se diversos casos que foram bem recordados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto em que o provimento jurisdicional se arrastou por anos e anos até que as condenações iniciaram seu cumprimento.

O empresário e ex-senador do Distrito Federal Luiz Estevão foi acusado de desvio de recursos no valor de R\$ 2 bilhões, na construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, cuja licitação ocorreu em 1992. Somente em 09 de dezembro 2015 ele foi condenado em definitivo pelo STF a cumprir pena de 26 anos de reclusão. Segundo noticiado no site do *Correio Braziliense*, a defesa de Luiz Estevão apresentou 21 recursos e 11 Habeas Corpus. O retardamento foi-lhe vantajoso, pois culminou na prescrição das penas relativas aos crimes de formação de quadrilha e de uso de documento falso.

O jornalista Pimenta Neves, então diretor de redação do jornal *O Estado de São Paulo*, assassinou sua namorada Sandra Gomide em agosto de 2000. Após ter sido condenado no Tribunal do Júri e no TJ-SP, conseguiu deter a decisão final nos tribunais superiores por anos. Só foi julgado em definitivo no STF em maio de 2011, quando iniciou o cumprimento de sua sentença.

Para fundamentar o entendimento da maioria do STF, acerca da possibilidade da execução provisória da pena, o art. 637 do Código do Processo Penal preceitua que o recurso extraordinário – RE não possui efeito suspensivo.

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Nesse diapasão, por maioria de votos o plenário do STF compreendeu que a possibilidade do início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, isto ocorre em virtude da manutenção da sentença condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas

que assentaram a culpa do condenado, o que por si só autoriza o início da execução da pena, tendo em vista que é sabido que em sede recursal – Especial ou Extraordinário não se admite o reexame de matérias fático-probatórias, não havendo reavaliação das provas e rediscussão acerca de matéria de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da grande discussão doutrinária acerca do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que permite a execução provisória da pena, após o julgamento por um órgão colegiado em segunda instância, e com respeito a opiniões contrárias, o entendimento que passou a vigorar é plenamente compreensível e está em conformidade com a legislação brasileira.

É sabido que em segunda instância se encerra a análise fático-probatória acerca dos fatos que deram origem a uma condenação, não tendo o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário a competência para reapreciação dessas nuances. Desse modo, é plausível que o réu já condenado em primeira e em segunda instância, inicie o cumprimento de sua pena.

O início do cumprimento de pena, a partir deste momento – segunda instância atende aos anseios do poder judiciário, principalmente no tocante ao tema Prescrição Penal, pois o que mais se observa na prática forense é o abuso do direito de recorrer com a interposição de recursos, inúmeras vezes sem fundamentos jurídicos admissíveis com o único intuito protelatório.

Salienta-se ainda o fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro, direitos fundamentais absolutos, ao contrário podem ser relativizados, utilizando-se da ponderação podem sofrer limitações frente a outro direito fundamental observando-se o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, o entendimento prolatado pelo STF em dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal para afastar a interpretação que nega a execução provisória da pena após condenação em segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória foi exposto juridicamente a contento pelos Ministros do Tribunal Maior para embasar a mudança de sua orientação jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 3ª Edição, Revista, ampliada e atualizada, Jus Podivm 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 15ª Edição, Revista e atualizada, Saraiva 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>, acesso em 14/01/2017.

<https://www.youtube.com/watch?v=eQkz5fB9rr4&t=1105s>, acesso em 14/01/2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 14/01/2017.

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acesso em 14/01/2017.

<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/execucao-provisoria-da-pena-reflexoes-sobre-recente-decisao-do-stf/>, acesso em 15/01/2017.

<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>, acesso em 15/01/2017.

<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ministro-do-stf-diz-que-recursos-de-pimenta-neves-nao-foram-abusivos-4z1ug4of7ym62f62t2t7nf0i6>, acesso em 14/01/2017.

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/12/09/interna_cidadesdf,509947/stf-conclui-julgamento-e-ex-senador-luiz-estevao-e-condenado-a-26-anos.shtml, acesso em 14/01/2017.

<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>, acesso em 15/01/2017.

O DESEMPREGO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

BIANCA OLIVEIRA BONINA:
Acadêmica do curso de Direito da
Faculdade AGES.

RESUMO: O trabalho constitui uma das principais formas de garantir a dignidade do indivíduo, assim como a ausência deste causa inúmeros malefícios, tanto para o indivíduo como para a sociedade. Neste contexto, o presente trabalho analisa a questão do desemprego, suas causas e consequências, focando na relação entre este e as normas trabalhistas, indagando se contribuem ou não para a efetivação do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho, desemprego, flexibilização das normas trabalhistas.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os muitos fatores que fazem com que o homem tenha sua dignidade, com certeza o trabalho é um dos mais evidentes, já que através dele pode-se conseguir moradia, alimentação, lazer e também contribuições para o psicológico do indivíduo, como sentimento de realização e motivação. Desta forma o trabalho tem uma importância elementar para a vida das pessoas, devendo, portanto ser protegido a todo custo.

As formas de trabalho vem se modificando continuamente conforme a sociedade se modifica, desde o trabalho artesanal, às linhas de produção, até os novíssimos tipos de trabalho da atualidade, que possuem horários flexíveis e subordinação menos evidente.

Além disso, a sociedade se desenvolveu e se modificou a tal ponto, que por muitas vezes a tecnologia substituiu o trabalho humano, assim como a economia global permitiu às empresas procurarem mercados onde a mão de obra é mais barata. Desta forma, inúmeras pessoas encontram-se hoje sem emprego, o que agrava muitos outros problemas sociais, como a pobreza, a marginalização, as drogas, etc.

A questão é que, o trabalho – no caso, a falta dele – encontra-se em confronto ferrenho com o capital. Isso, pois a busca pelo crescimento econômico faz com que as empresas busquem maximizar os lucros para adquirir competitividade, muitas vezes fazendo crescer o desemprego e os subempregos, para evitar que o trabalho torne-se explorador as normas trabalhistas criam mais direito e encargos, que faz subir o custo do trabalho para a empresa, que tenta mais uma vez baixá-los. Em meio a este círculo vicioso surgem muitas questões, dentre elas: De onde surge o desemprego? Quais as consequências deste para a sociedade? A complexidade das normas do Direito do Trabalho está ajudando ou prejudicando os trabalhadores? A flexibilização das normas trabalhistas seria uma alternativa para apaziguar esse confronto?

Em busca de esclarecimento sobre essas questões será pautado o presente artigo, que por meio de pesquisa das opiniões dos doutrinadores sobre a questão pretende entender como se dá o desemprego, suas consequências e debater sobre a flexibilização das normas de trabalho.

2 DESEMPREGO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

2.1 DESEMPREGO

O trabalho é uma das formas de dignificar o ser humano, isso, pois permite a este alcançar muitas coisas, como bens materiais e inclusive bens imateriais, como conhecimento e até mesmo bem estar psicológico. Neste sentido se orienta Marques (2008), que traz o trabalho como a única manifestação da capacidade humana de criar, sendo por este que o indivíduo se relaciona com o meio ambiente, modificando-o.

Porém, a autora supracitada afirma que, apesar da inefável importância para o indivíduo e para toda a sociedade, a contemporaneidade se instaura como a era do desemprego, com discurso do fim da sociedade do trabalho, como os tempos da reestruturação produtiva, da nova organização e gestão da produção, da competitividade das economias globalizadas e da financeirização da economia.

Essa atual situação do trabalho exposta por Marques (2008), teve maior impulso com a Revolução Industrial, onde pode se perceber que, os primados do sistema capitalista impulsionaram a mecanização das operações produtivas, se

estabelecendo com maior solidez onde encontraram o excesso da mão de obra, conseqüentemente aumentou o desemprego onde o mesmo era para sua expansão. Desde então os trabalhadores passaram a ter as condições mínimas de dignidade, pois sua jornada era extensa.

Não só o desemprego, como o emprego, como afirma Reinert (2011), é uma consequência específica do capitalismo. Isso, pois o emprego é o elo de ligação formal entre o trabalhador e o modo de produção capitalista e não com uma organização específica, porque o trabalhador é livre para escolher a organização por intermédio da qual sua ligação se efetivará.

O desemprego tem sido um dos maiores problemas sociais atualmente enfrentados pela humanidade. É certo que, nos últimos anos, tem havido alguma diminuição nas taxas de desemprego no mundo todo, porém ainda se está muito longe de um percentual “aceitável”.

As causas do desemprego são muitas, dentre as causas mais citadas, pode-se enunciar: o desenvolvimento tecnológico, a globalização, a terceirização, desindustrialização, o excesso de concentração da renda, os modernos métodos de gestão, de um modo geral, como a reengenharia e o downsizing, além de outras. Para o presente trabalho não será focado um tipo específico de desemprego, apenas a relação entre este e a legislação.

A respeito das consequências, é notório que podem ser devastadoras, tanto do ponto de vista do próprio indivíduo econômica e pessoalmente, como social e economicamente falando em relação à sociedade no geral. Isso, pois os malefícios do desemprego, direta ou indiretamente, atingem todos.

O desemprego atinge a esfera tanto individual quando social, pois aumenta os problemas relacionados com a saúde física e mental do trabalhador, fazendo com que se acentue a procura pelos serviços profissionais ligados a esta área. Além disso, a violência e o crime, de um modo geral, estão diretamente relacionados com o desemprego. Sem contar que, a própria economia fica abalada com o desemprego, já que o poder aquisitivo da população cai.

Assim como não há consenso quanto às causas do desemprego, não há também nenhuma conclusão no que se refere às soluções. Dentre as medidas de

combate ao desemprego mais citadas, segundo Reinert (2011), pode-se enumerar: facilitação do consumo e do crédito, incentivo ao investimento privado, implementação de políticas fiscais e monetárias adequadas, aumento das despesas públicas (com ampla utilização do Estado como empregador e como desenvolvimento de políticas sociais do tipo auxílio desemprego), flexibilização do mercado de trabalho, redução da jornada de trabalho, trabalho de tempo parcial, licenças remuneradas, restrição às horas extras, trabalho compartilhado, treinamento e requalificação de recursos humanos, além de outras possibilidades.

É possível observar que grande parte das medidas citadas como soluções para diminuição do desemprego envolvem mudanças na regulamentação deste. E é neste sentido que se desenvolverá a discussão, refletindo sobre as mudanças nas normas trabalhistas e as consequências disso no desemprego, indagando se é realmente uma solução ou se apenas irá agravar a questão do desemprego e dos subempregos.

2.2 FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO: CONCEITO E DISCUSSÕES

Os direitos dos trabalhadores brasileiros, garantidos pelas normas legislativas, sempre foram pautadas na hipossuficiência destes. Isto se deve ao fato de que, sendo o empregador possuidor de maior força econômica, as leis trabalhistas são tendenciosas para o empregado, para protegê-lo devido à sua hipossuficiência, e então equilibrar às relações de trabalho.

Porém, mesmo que as normas objetivem a melhor relação empregatícia, muitas críticas são lançadas a elas, pois são tidas como excessivamente rígidas, o que pode resultar numa diminuição dos empregos ofertados e também na inadequação destas normas às novas aspirações do trabalhador.

Para que se possa aprofundar o assunto e entender a aplicabilidade da mesma no Direito brasileiro, faz-se necessário conceituar a flexibilização e visualizá-la nos tempo e espaço.

Flexibilização vem do latim “flexibilitate”, que corresponde em português à flexibilidade. Pode ser entendida como algo maleável, que pode se mover de varias formas.

No âmbito jurídico pode conceituar-se flexibilização como sendo uma forma de sustentabilidade econômica, tanto para empregado quanto para empregador, através de mais “elasticidade” nas regras trabalhistas, em contraposição àquela fixação rígida que sempre preconiza. Neste contexto:

A flexibilização exprime o processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista. Vincula-se às questões do desemprego, novos processos de administração da produção, dentre outros. Por meio dela, a empresa ajusta sua produção, mão de obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico. (MANNICH, 1998, p. 15)

Neste contexto pode-se afirmar que a flexibilidade busca o crescimento econômico, fazendo com que as empresas tornem-se mais competitivas no mercado, aquecendo a economia e, por conseguinte, gerando mais empregos.

Sergio Pinto Martins discorre sobre a flexibilização das condições de trabalho, afirmando que:

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e o trabalho. (2004, p. 25)

Nesta definição de Martins pode ser observado o uso do termo “conjunto”, isso se deve, pois a flexibilização das condições de trabalho consiste em uma mudança que envolve todo um sistema, não se pode, portanto, executar uma flexibilização mediante medidas isoladas. Desta forma, pode-se concluir que a flexibilização das condições de trabalho não modifica apenas os regramentos sobre este, mas o todo que envolve o trabalho, a economia, a tecnologia, a política, enfim, as condições de trabalho.

Faz-se necessário ressaltar que as mudanças jurídicas que resultam da flexibilização não correspondem à extinção dos direitos do trabalhador, ou a um liberalismo econômico, em que o Estado é alheio às relações trabalhistas. O que

se vê na flexibilização é a maior flexibilidade das normas, mas sim uma modificação de alguns direitos mediante negociação coletiva.

A flexibilização é um dos temas mais polêmicos que circundam o Direito do trabalho atualmente, principalmente no Brasil. Para entender melhor o assunto deve-se analisar os prós e contras deste processo, para então verificar a aplicabilidade desta nas relações de trabalho dos brasileiros.

Como toda mudança, a flexibilização intimida e até paralisa muitas pessoas. Isto se deve, pois as alterações que ela promove geram muitas discussões a respeito de sua eficácia, e se não acabam causando mais problemas do que, de fato, soluções.

Com a prática da flexibilização dos direitos trabalhistas, surgem vários efeitos no mercado de trabalho, tanto para o empregado para o empregador. Esses efeitos muitas vezes geram problemas, que vão desde a precarização do trabalho até a queda nos rendimentos, mas também geram soluções, como a redução dos custos e maior competitividade.

Como supracitado, a flexibilização é uma reação do direito frente às mudanças que ocorrem na sociedade, por exemplo, uma crise econômica pode gerar uma reação do Direito, que se adapta à nova realidade. No Brasil, a reação à mudança na realidade segue outro rumo, pois em vez de haver uma flexibilização das normas, são criadas ainda mais normas, com o intuito de atualizar a CLT, tornando-a ainda mais extensa e rígida. Desta forma, discorre Pastore:

A necessidade de tornar a CLT mais flexível para mantê-la atualizada foi “sanada” com a geração de um número exagerado de normas, que, na tentativa de adaptar a realidade aos fatos, detalhou ainda mais a matéria do Direito do Trabalho e fez a CLT ainda mais rígida, tornando cada vez mais inviável o cumprimento. Fato irrefutável (1997, p. 35) .

Mesmo numa cultura extremamente legalista como a nossa o Direito do Trabalho tende a se flexibilizar, porém esta mudança pode ocorrer de forma bastante lenta. E, se considerarmos que o processo de globalização está se sobrepondo a qualquer sistema de controle das relações trabalhistas e

“impondo” uma flexibilização, torna-se inviável deixar que as mudanças ocorram naturalmente.

Neste contexto pode-se afirmar que, para que a economia de mercado continue existindo, e para que nos tornemos competitivos frente ao mercado mundial, faz-se necessário estabelecer novos tipos de relações entre o empregado e o empregador. Pois, se continuarmos a “solucionar” os problemas devido ao excesso de normas, com ainda mais normas, entraremos em um colapso econômico, tanto na perspectiva do empregador, quanto do empregado.

Frente a essa situação caótica que se encontra o mercado mundial, deve-se levar em conta que o excesso de leis e normas que defendem o empregado pode acabar o prejudicando. O que deve ser feito é estimular a integração entre capital e trabalho, pois eles são dependentes um do outro, e sua harmonia proporcionará crescimento econômico e diminuição do desemprego, já o confronto (que geralmente acontece) só faz as partes colidirem cada qual buscando radicalmente o seu lado, muitas vezes saindo ambos insatisfeitos.

O capital e o trabalho não podem sobreviver um sem o outro, pois já estão casados desde a Revolução Industrial. Se realmente desejamos, como sociedade séria, reverter ou ao menos contribuir para dirimir os índices de desemprego em nosso País, para não dizer de outros problemas afetos, não podemos deixar a CLT condenada à própria miopia, uma vez que a sua rigidez não lhe permite enxergar longe (CHIAVENATO, p. 36)

Podemos concluir então que a CLT constitui-se como um verdadeiro paradoxo, pois na tentativa de adaptar-se à realidade, torna-se ainda mais rígida e prejudica todo o sistema, sendo desfavorável para a economia e consequentemente para o trabalhador.

Grande parte da rigidez da CLT deriva do fato de que, devido a hipossuficiência do empregado, as normas garantem sua proteção na relação empregatícia. Porém, se observarmos a atualidade pode-se perceber que muitas empresas encontram-se também em estado de hipossuficiência perante o mercado.

Mesmo que muitas empresas também se encontrem em estado de hipossuficiência perante às multinacionais que dominam o mercado mundial - e principalmente o brasileiro - esta não é considerada pelo Direito, ao contrário da hipossuficiência do trabalhador. Isto se deve, pois quando essas leis foram feitas a realidade não era a mesma que se apresenta hoje, como afirma Pastore:

No início da formação dos princípios do Direito do Trabalho não se falava em globalização, nem tampouco estavam as forças produtivas sujeitas à concorrência ferrenha dos mercados internos (visto serem insipientes), muito menos à luta sangrenta da competição imposta pela economia internacionalizada (pois que inexistente). Por essa razão, por muito tempo não se questionaram severamente os princípios consumados pelo Direito do Trabalho, uma vez que era aceitável sua aplicabilidade protetiva para quem eram destinados: os trabalhadores. (1997, p. 37)

Neste contexto pode-se notar que, frente ao mercado atual, que é extremamente competitivo, o Direito do Trabalho, devido ao seu excesso de exigências, pode dificultar a vida dos micro, pequenas e médias empresas, que tem somadas às dificuldades de se competir com as multinacionais o fato de ter que pagar encargos muito altos aos empregados. Este problema que circunda as organizações não dizem respeito só aos empregadores, pois com menos capacidade econômica se possui menos capacidade empregatícia, diminuindo os postos de trabalho.

Essas persistentes crises contemporâneas tem ocasionado um impacto bastante grande nas estruturas econômicas e conseqüentemente no emprego. Esses “surtos” de desemprego em massa põem em discussão o modelo tradicional do Direito do Trabalho, tal como foi constituído.

Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo de trabalho, e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego e conseqüente estímulo ao desemprego.

O desemprego, mesmo que venha diminuindo gradativamente ao longo dos anos, ainda corresponde segundo o IBGE a 6,3% (dados de 2010) da população economicamente ativa do nosso país. Este fato atua como um círculo vicioso, pois com muitas pessoas desempregadas o poder aquisitivo cai, com menos vendas a capacidade empregatória das organizações diminui, gerando ainda mais desemprego e ainda menos poder aquisitivo, prejudicando tanto os indivíduos quanto a economia.

A concorrência mundial exige que as organizações “enxuguem” ao máximo sua produção reduzindo cada vez mais os custos para maximizar os lucros. Desta forma as empresas procuram os locais onde a força de trabalho seja mais barata, como países da África e Ásia. O Brasil neste sentido encontra-se em posição desfavorável, pois os encargos salariais são altíssimos, tornando a mão de obra extremamente cara em relação a outros países.

Além disso, as multinacionais que estão no Brasil, por possuírem maior potência econômica conseguem suportar os altos salários, mas as micro, pequenas e médias empresas, que já são sufocadas pelos preços baixos das multinacionais ainda sofrem para conseguir.

A deficiência das empresas nacionais em relação às internacionais é notável, assim como a deficiência da própria economia brasileira em relação às de países desenvolvidos. Estes últimos possuem capacidade de fabricar equipamentos tecnológicos, e principalmente os mais valorizados, os bens de capital, ou seja, aquelas máquinas que produzem máquinas. O Brasil, apesar de estar se modernizando ainda não dispõe deste poder de produção, sendo obrigado a importar o “refúgio” deste maquinário, por preços altíssimos, enquanto limitasse a exportar produtos alimentícios.

A relação entre países de desenvolvidos e subdesenvolvidos é muito conturbada devido à discrepância entre a economia destes. Em geral, os países desenvolvidos se sobressaem nesta relação, assim como discorre Chiavenato:

As relações entre países subdesenvolvidos e os industrializados são complicadas. Primeiro, porque estes últimos, além de uma economia mais forte e estável, podem fabricar produtos superiores e mais baratos, os

quais significam melhor e mais sofisticada tecnologia, que geralmente nós, os subdesenvolvidos, não temos e não dominamos. (CHIAVENATO, 2004. p. 35)

Mesmo que esta crise provocada pela globalização esteja modificando o mercado de trabalho fortemente, nem todas as opiniões apontam para a flexibilização, muitos a encaram como um meio de dominação dos empregadores, que poderão impor os modos de trabalho da forma que preferirem.

Desta forma discorre Cassar:

Com base nesses argumentos os patrões tiram “proveito” do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados e subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis.(...) (2010, p.24)

Este autor, como muitos outros, encaram a situação pelo modo intervencionista do Estado, sendo que este deve interferir nas relações trabalhistas para garantir o direito dos trabalhadores. Desta forma, dispõe Boaventura Santos (apud Cassar, 2010, p. 24), afirmando que “precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos, num contexto hostil de globalização neoliberal”.

Nesta mesma ótica está Marques (2008), afirmando que o Direito do Trabalho nasceu do clamor social, sendo resultado das lutas e conquistas dos trabalhadores. Que batalharam para conseguir seus direitos, definindo a situação fática não formalizada como características do jurídico – empregatício. Concluindo que:

Há que se ter um Estado forte, firme em seus preceitos e garantidor da igualdade em seu sentido mais amplo, para se terem limitados os excessos do capitalismo, que desnaturam as ideias de liberdade e igualdade. (2008, p. 15)

Esta visão sobre a flexibilização mostra um outro lado deste processo, pois sendo as partes “livres” para negociar, o empregador sendo economicamente

mais forte e o empregado estando desfavorável devido ao excesso de desemprego, a relação empregatícia continua sendo tendenciosa, agora para o empregador.

3 CONCLUSÃO

Depois do exposto, nota-se que o desemprego é um dos principais problemas da atualidade, isso, pois além de ser um problema social em si mesmo, faz com que outros problemas sociais, como miséria, marginalização e até violência, aumentem exponencialmente. Isso, pois o emprego é a principal forma do indivíduo se estabelecer na sociedade, podendo ter uma vida digna e progredir.

Com a globalização e o capitalismo ganhando cada vez mais força, o cenário do desemprego fica ainda mais evidente. Isso, pois as empresas para adquirir mais concorrência enxugam os custos de produção, incluindo os custos com mão de obra, que são altíssimos devidos aos encargos trabalhistas.

E devido ao alto custo dos encargos trabalhistas e também da rigidez da legislação pátria que muitos autores identificam a flexibilização dessas normas como uma alternativa para minimizar o desemprego, pois os custos da contratação ficariam menores para a empresa, aumentando assim sua capacidade de gerar empregos.

Porém, mesmo que flexibilizar não signifique extinguir os direitos do trabalhador deixando a encargo do empregador fixar as condições de trabalho, mas sim, dar uma autonomia maior para acordo, e que isso tenha funcionado em muitos países é preciso ir devagar quando se trata do assunto.

Isso, pois o Brasil ainda não está preparado para tal mudança, além disso, a flexibilização se mal empregada acaba por ser uma arma contra o trabalhador e não em seu benefício. Desta forma, nota-se que de fato a flexibilização é um bom caminho a se seguir em tempos de globalização e desemprego, porém, a sociedade brasileira ainda não tem suporte para tais modificações, necessitando ainda de uma maior proteção por parte do Estado.

REFERÊNCIAS:

CASSAR, V. B.. **Flexibilização das normas trabalhistas**. Rio de Janeiro. Universidade Gama Filho, 2010.

CHIAVENATO, Júlio José. **Ética globalizada & Sociedade de consumo**. 2. ed. São Paulo; Moderna, 2004.

MANRICH, Nelson. **Limites da Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Revista do Advogado nº 54. Dezembro de 1998.

Martins, Sergio Pinto: **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

Taxa de desemprego no Brasil. Wikipédia. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Taxa de desemprego no Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Taxa_de_desemprego_no_Brasil) . Acesso em 07 de abril de 2013.

REINERT. José Nilson. **Desemprego**: causas,consequências e possíveis soluções. Departamento de ciências da administração, 2011.

REVISTA JURIDICA, Brasília, V.10 nº91 pág01-31 jun/set, 2008.

O DIREITO DE OPÇÃO NA TRANSFUSÃO DE SANGUE

MARIANE FERNANDES: Acadêmica do
Curso de Direito da Universidade Brasil.
Fernandópolis – SP

Rodrigo Freschi Bertolo
(orientador)²

RESUMO: A questão envolvendo Testemunhas de Jeová sobre a transfusão de sangue é uma das discussões mais polêmicas e conhecidas entre o Direito e os direitos fundamentais da pessoa humana e de sua personalidade. Dado o confronto entre a crença, o ato médico e a autonomia de escolha do paciente. E todos os envolvidos estão respaldados pela lei, por isso, muitos casos acabam por ser levados ao Poder Judiciário, sendo que, de um lado está a liberdade de crença e autonomia sobre o próprio corpo, e de outro a ética médica junto ao comprometimento em salvar vidas. Rejeitar transfusões de sangue torna-se cada vez menos uma questão religiosa e mais uma questão médica. Atualmente, não é pouca a literatura médica a relatar que as transfusões de sangue envolvem inúmeros riscos, muitas vezes letais. A vida é direito inviolável do ser humano. Nesse aspecto a Constituição Federal resguarda direitos inerentes a escolha de cada um quanto a um determinado tratamento ou procedimento médico-diagnóstico ou terapêutico, tal como a transfusão de hemocomponentes. Texto em fonte 12, primeiras letras maiúsculas, demais minúsculas, justificado, espaço simples.

Palavras-chave: Transfusão de sangue, direitos, autonomia, vida.

ABSTRACT: The issue involving Jehovah's Witnesses about blood transfusion is one of the most controversial and well-known discussions between the law and the fundamental rights of the human person and his personality. Given the confrontation between the belief, the medical act and the autonomy of choice of the patient. And all those involved are backed by the law, so many cases end up being taken to the Judiciary, being, on the one hand, freedom of belief and autonomy over one's own body, and on the other, medical ethics with commitment to save lives. Rejecting blood transfusions becomes less and less a religious issue and a medical issue. Nowadays, it is not uncommon for medical literature to report that blood transfusions involve innumerable risks, often lethal. Life is the inviolable

right of the human being. In this aspect, the Federal Constitution safeguards the rights inherent to the choice of each one regarding a certain treatment or medical-diagnostic or therapeutic procedure, such as transfusion of blood components.

Keywords: Blood transfusion, rights, autonomy, life

SUMARIO: 1.DIREITO DE ESCOLHA X DIREITO INDISPONÍVEL DA VIDA 1.1.CONFLITOS DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS] 1.2.CRENÇA RELIGIOSA 1.3.ETICA MEDICA 2.MENORIDADE 3.RESPONSABILIDADE CIVIL CONCLUSAO REFERENCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo dar ênfase na liberdade de escolha que cada pessoa individualmente possui em determinar o tratamento de saúde mais adequado para sua vida. Neste trabalho será analisado os aspectos jurídicos que envolvem as Testemunhas de Jeová quando encontram-se enfermas e são obrigadas pelo Poder público a receber transfusão de sangue mesmo contra sua própria vontade.

Tem-se as normas constitucionais que protegem a liberdade de crença e de consciência.

A linha interpretativa de que, havendo recusa do paciente de receber transfusão de sangue em situações de iminente risco de vida não se configura a colisão de direitos fundamentais (direito à vida X direito de liberdade religiosa), mas, concorrência de direitos fundamentais, pois a conduta sujeita-se ao regime de dois direitos fundamentais de um só e mesmo titular.

Rejeitar transfusões de sangue torna-se cada vez menos uma questão religiosa e mais uma questão médica. Atualmente, não é pouca a literatura médica a relatar que as transfusões de sangue envolvem inúmeros riscos, muitas vezes letais.

É importante, porém, destacar que o paciente tem o direito religioso, no qual o mesmo, deve ter sua autonomia religiosa respeitada, visto que o Estado Brasileiro é laico.

Nesta situação é necessário um conhecimento amplo das alternativas terapêuticas transfusionais e a intervenção dos profissionais da Saúde com conduta Ética e respeito a crença e valores do paciente e de suas limitações, procurando proporcionar todos os meios possíveis para a recuperação e manutenção e de sua saúde sem ferir seus direitos e sua integridade.

Assim a prática médica e conseqüentemente a Ética não deve guiar somente por um ou outro princípios, mais fundamentalmente, analisados caso a caso, conjuntamente.

Dado o confronto entre a crença, o ato médico e a autonomia do paciente, no qual todos os envolvidos estão respaldados pela lei, muitos casos acabam por ser levados ao Poder Judiciário, sendo que, de um lado está a liberdade de crença e autonomia sobre o próprio corpo, e de outro a ética médica para salvar vidas.

1- DIREITO DE ESCOLHA X DIREITO INDISPONÍVEL DA VIDA

Com tudo, não cabe ao médico oferecer alternativas ao caráter religioso do paciente, discutindo com ele sobre a interpretação religiosa do recebimento do sangue, mas apenas é sua obrigação dar as informações adequadas sobre a condição do paciente e oferecer as alternativas clínicas e cirúrgicas que o caso requer. O avanço da ciência contribuiu com várias alternativas terapêuticas à transfusão sanguínea, mas para tanto, os médicos precisam estar por dentro dos métodos alternativos para assim proporcionar um melhor tratamento aos seus pacientes.

Recente proposta da comissão de juristas que elabora o Anteprojeto de Código Penal do Senado Federal propôs considerar crime a realização de procedimento médico ou cirúrgico, ainda que indispensável para salvar a vida do paciente, contra a vontade deste. Especificamente, conforme a proposta da Comissão, a intervenção médica ou cirúrgica realizada em paciente capaz, sem sua anuência, caracterizará crime de constrangimento ilegal. O relator da matéria, o procurador da República Luiz Carlos Gonçalves, atendeu a um pedido das testemunhas de Jeová. Assim, caso a proposta da comissão seja aprovada, as testemunhas de Jeová que não desejarem submeter-se a transfusão de sangue, mesmo em hipótese de risco de morte, estarão salvaguardadas pela legislação

penal. Se aprovada a proposta da comissão, os médicos passarão a responder criminalmente por mais um ato profissional, além dos quatro atuais: violação do segredo profissional, omissão de notificação de doença, falsidade de atestado médico e exercício ilegal da medicina.

Sobre o assunto, o Papa João Paulo II mencionou que “obrigar alguém a violar sua consciência é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana”

No caso concreto a seguir, uma apelação julgada pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região de ação ordinária em pedido de autorização de tratamento médico mediante transfusão de sangue. Ocorre que a paciente não estava de acordo com o procedimento. Mas ocorre que não foi necessário a transfusão de sangue, antes que isso acontecesse ela obteve alta do hospital em que se encontrava. Ficando evidente a falta de necessidade do procedimento em pauta.

Nesse sentido é a jurisprudência do Eg. Tribunal Regional Federal da

1ª Região, vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA PARA AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. DESNECESSIDADE DO PROCEDIMENTO MÉDICO. ALTA HOSPITALAR. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. CABIMENTO. - NA HIPÓTESE DOS AUTOS, A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA AJUIZOU AÇÃO ORDINÁRIA EM DESFAVOR DA PACIENTE, OBJETIVANDO AUTORIZAÇÃO PARA PROCEDER, POR MEIO DA EQUIPE MÉDICA DO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, AOS ATOS

MÉDICOS E CIRÚRGICOS NECESSÁRIOS E DISPONÍVEIS, PARA SALVAGUARDAR A VIDA DA PACIENTE, INCLUSIVE TRANSFUSÃO DE SANGUE. OCORRE QUE A TRANSFUSÃO FOI

DESNECESSÁRIA E A PACIENTE TEVE ALTA ANTES
MESMO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA,

PELO QUE RESTA CONFIGURADA A PERDA
SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. II -
APELAÇÃO PROVIDA PARA DECLARAR EXTINTO O
PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1.1 CONFLITOS DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Durante muito tempo, a relação médico-paciente foi assimétrica. Em nome do princípio da beneficência, o paciente era levado a tratamentos, cirurgias e procedimentos médicos sem que lhe fosse oferecido qualquer esclarecimento ou oportunidade e opção a respeito dos mesmos. A decisão era exclusivamente médica. As liberdades de religião e de consciência tornaram-se direitos fundamentais de Direitos Humanos após a Segunda Grande Guerra, sendo garantida também na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nos acordos de Helsinque, na Convenção Europeia de Proteção de Direitos a Humanos e das Liberdades Fundamentais e nas Declarações das Nações Unidas. A própria Constituição, em seu artigo 5º, assevera que a liberdade de consciência e de crença é inviolável, assegurando-se o livre exercício de cultos religiosos e garantidas legalmente a proteção aos locais de culto e suas liturgias, não sendo permitida qualquer privação a direito ou exoneração de dever legal. Trata-se da liberdade de pensamento, de consciência e de religião, tão caras à sociedade contemporânea.

O consentimento livre e esclarecido, direito do paciente e dever do médico, tem tripla função: a) Cumprir o papel primordial de respeitar os princípios da autonomia, da liberdade de escolha, da dignidade e do respeito ao paciente e da igualdade, na medida em que, previamente a qualquer procedimento diagnóstico e/ou terapêutica que lhe seja indicado, o paciente será cientificado do que se trata, o porquê da recomendação ou como será realizado. A informação deve ser suficiente, clara, ampla e esclarecedora, de forma que o paciente tenha condições de decidir se consentirá ou não; b) Efetivar estreita relação de colaboração e de participação entre médico e paciente; c) Definir os parâmetros de atuação do médico.

1.2 CRENÇA RELIGIOSA

As Testemunhas de Jeová baseiam na Bíblia a sua alegação para não serem transfundidos, bem como para qualquer utilização e consumo de sangue, seja ele humano ou animal. A Bíblia é clara em dizer para se abster de sangue. Entendem que esta proibição foi dada à humanidade em geral, visto que foi transmitida por Deus. Vida esta que foi dada por Deus, por isso respeitamos tanto a Deus quanto a nossa vida ao seguir essa ordem. [3] Algumas passagens da Bíblia enfatizam essa condição, entre elas Gênesis (9:3-4), Levítico (17:10), Atos dos Apóstolos (15:20).

Os fiéis entendem pecaminosa a ingestão do líquido vital, para eles sagrado aos olhos de Deus, eis que o sangue e a vida de cada um, ou seja, Deus deu a cada um sua própria vida; e como o médico necessita do prévio consentimento para fazer a intervenção, cria-se um desentendimento que muitas vezes acaba nos tribunais.

As Testemunhas de Jeová são conhecidas mundialmente por sua obra de proclamar

“As boas novas do reino”, por atingir nos dias de hoje uma escala de mais duzentos e trinta e cinco países, somando mais de seis milhões de adeptos em todo o mundo.

Como em todas as religiões, são possuidoras de regras fundamentadas na Bíblia,

alistando-se entre elas, a recusa de qualquer tratamento médico envolvendo o uso do sangue. Ademais, as testemunhas de Jeová veem a vida como algo sagrado, e elas tem apoio de muitos médicos, estes que não são adeptos a religião.

Logo, a testemunha de Jeová, ao escolher tratamento isento de sangue, não exerce o direito de morrer, mas o de optar por um tipo de tratamento médico.

1.3 ÉTICA MÉDICA

No Capítulo IV, referente aos Direitos Humanos, o Código de Ética Médica aborda, de maneira específica, o consentimento esclarecido do paciente. O artigo

22 veda ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Amparado no princípio da beneficência e do privilégio terapêutico, o médico pode agir sem a obtenção do consentimento do paciente nas situações excepcionais, particularmente graves, em que não seja possível obtê-lo. No mesmo Capítulo, o artigo 24 reforça a autonomia de decisão do paciente, ao vedar ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. Esse conceito de autonomia, embora com exceções, amplia-se ao representante, através do Capítulo V, artigo 31, que trata da relação com pacientes e familiares, ao vedar ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

A Resolução CFM nº 1.021/80, em seu artigo 2º, diz: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis”.

2- MENORIDADE

Na hipótese de o médico estar diante de urgência ou perigo iminente, ou até mesmo de paciente menor de idade, deve ocorrer a ponderação de interesses entre as partes. Não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal (art. 146, 3, I CP).

Tratando-se de pais de menores de idade Testemunhas de Jeová, eles podem negar-se a ocorrer a transfusão de sangue em seus filhos, mas em perigo iminente de vida, os Tribunais tem admitido a transfusão de sangue contrariando o desejo dos pais, alegando não ser possível a manifestação de vontade do menor, sendo que seu direito vida prevalece sobre a vontade parental.

Dessa maneira, o direito de crença não pode sobrepor-se ao de viver do menor, sob pena dos pais praticarem crime de abandono material e moral e serem destruídos do poder familiar, mesmo que embora a escolha de alternativa a transfusão, desde que não haja risco iminente ao menor.

Tribunais dos Estados Unidos e do Canadá vem reconhecendo o direito dos pais em decidir o tratamento médico para seus filhos menores de idade.

3- RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando a responsabilidade médica questiona-se se o médico realizar o tratamento, sem a autorização do paciente ou responsável, estará sujeito, em tese, à responsabilidade civil e criminal e praticado crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do CP (SORIANO, 2001). A orientação do Conselho Federal de Medicina - CFM é que:

No Brasil, a questão é enfocada, primeiro, pelo CFM, que buscou fixar-lhe abordagem ética, nos seguintes termos: "Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1º Se não houver perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2 Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis (KFOURI NETO, 2003, p. 171).

Recentemente saiu uma decisão no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA:PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - NO CONTEXTO DO CONFRONTO ENTRE O POSTULADO DA DIGNIDADE HUMANA, O DIREITO À VIDA, À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA, É POSSÍVEL QUE AQUELE QUE PROFESSA A

RELIGIÃO DENOMINADA TESTEMUNHAS DE JEOVÁ NÃO SEJA JUDICIALMENTE COMPELIDO PELO ESTADO A REALIZAR TRANSFUSSÃO DE SANGUE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, ESPECIALMENTE QUANDO EXISTEM OUTRAS TÉCNICAS ALTERNATIVAS A SEREM EXAURIDAS PARA A PRESERVAÇÃO DO SISTEMA IMUNOLÓGICO. - HIPÓTESE NA QUAL O PACIENTE É PESSOA LÚCIDA, CAPAZ E TEM CONDIÇÕES DE AUTODETERMINAR-SE, ESTANDO EM ALTA HOSPITALAR. SÚMULA: REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO. ACÓRDÃO: INTEIRO TEOR.

Conforme o Código de Ética Médica em seu artigo 61, § 1º traz como matéria importante a questão em que quando o paciente recusar-se a receber transfusão de sangue, antes de o médico aplica-lo mesmo sem o consentimento, ele deverá buscar todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance, respeitando o direito de seu paciente, mas se ainda assim ver a impossibilidade de resultados positivos nesses tratamentos, ele poderá renunciar, desde que o médico substituto seja devidamente instruído por ele, e seja recebido pelo próprio paciente.

Os médicos respondem civilmente por danos causados que, no exercício de sua profissão, causarem aos pacientes. Além disso não existe necessidade de autorização judicial para ao verem um paciente necessitado terem a livre liberdade para fazer cirurgia e transfusão de sangue, mesmo que o paciente se recuse por conta de sua religião, assim este e um estrito cumprimento do dever legal do médico.

Dessa forma, quanto a tratamentos urgentes, em perigo iminente do paciente, mesmo sem a transfusão de sangue não consentida pelo paciente, a ciência medica entende que a vida e um bem coletivo, que interessa mais a sociedade do que ao indivíduo. Também a missão do médico e socorrer pessoas, preservando-lhes a vida.

Para França, (2009, p.208 e 217) questão da saúde tem natureza ético-política por referir-se a opção entre o respeito ou o desrespeito pelo ser humano.

CONCLUSÃO

Negar a natureza normativa dos direitos fundamentais, ignorá-los ou simplesmente não respeitá-los, equivale a não reconhecer a força jurídica ativa e operante da Constituição da República Federativa do Brasil, relegando-a a condição de simples ideário, uma mera carta de intenções da sociedade, podendo ser cumprida ou não, ao bel prazer dos seus nacionais.

Com efeito, adotar-se-á – diante do estudo pormenorizado do direito à vida e a liberdade religiosa – a posição de não haver conflito entre tais direitos no caso concreto, contanto que exista uma concorrência de direitos fundamentais, cabendo a escolha ao paciente de recusar ou não o tratamento médico, dado que ficou constatada a existência de outros tratamentos alternativos além da transfusão de sangue.

Assim, a distinção entre concorrência e colisão de direitos fundamentais é clara, a saber: a existência da primeira categoria há quando um comportamento do mesmo titular preenche, de fato, os pressupostos de vários direitos fundamentais, visto que se deve considerar uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Não obstante, a concorrência se dá quando existe um cruzamento ou acumulação de direitos.

O médico deverá respeitar tal decisão do paciente – por este gozar de proteção

Constitucional. O art. 5º do Código de Ética Médica menciona: “o profissional da medicina deve buscar o aprimoramento contínuo em busca de proporcionar o melhor e o mais adequado tratamento ao seu paciente”.

Ademais, caso o aplicador do Direito vislumbre uma possível colisão entre esses dois direitos, deve-se analisar o caso concreto em face dos postulados normativos, especificamente pelo princípio da proporcionalidade, por ser este o mais apropriado à solução de um caso tão complexo, buscando a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Admite-se a recusa às transfusões sanguíneas por motivos de foro íntimo: convicções pessoais, religiosas ou não. O próprio Código Civil coíbe a intervenção médica ou cirúrgica, com risco de vida, sem o prévio consentimento do paciente. Por esse motivo, é razoável que se preserve a vida, quando mais se aproximar da dignidade humana.

Diante da aparente colisão de direitos fundamentais no caso concreto, faz-se necessária a ponderação dos valores envolvidos, com aplicação dos princípios Constitucionais, optando-se, finalmente, pelo direito que melhor assegure a dignidade da pessoa humana.

Quando um seguidor da Testemunha de Jeová se opõe à transfusão sanguínea, está exercendo o seu direito de liberdade religiosa. O médico e os demais profissionais de saúde devem respeito à fé e consciência de seus pacientes, evitando qualquer forma de discriminação e ainda devendo aceitar a negativa do paciente quanto à transfusão de sangue, quando não há risco iminente de vida. Violar a decisão do paciente, sob a justificativa de que está lhe fazendo o bem, é querer substituir os valores e crenças dele pelos seus. O respeito à autonomia do paciente exige, pois, o respeito a sua crença religiosa.

O fato de uma religião ser minoria não afasta o direito de seu adepto exercer a liberdade religiosa. Inclusive a necessidade do respeito à diferentes crenças religiosas leva a avanços científicos e humanistas. Veja-se que a oposição dos seguidores das Testemunhas de Jeová à transfusão sanguínea impulsiona à busca de tratamentos sem sangue, em prol do bem-estar do ser humano, e, assim, ao progresso da Medicina. O desafio hoje é construir o processo de inclusão de todas as pessoas, sem qualquer discriminação, possibilitando-lhes o efetivo exercício de direitos fundamentais, nos termos da lei.

REFERÊNCIAS

Conselho Federal de Medicina. Recomendação (1/2016)

ANJOS M. F. Um novo discurso religioso. In: Pessini L, Siqueira JE, Hossne WS, organizadores. **Bioética em tempos de incertezas**. São Paulo:, Loyola, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0000958-83.2012.4.01.3400. Apelante: Elizabete Pessoa Sousa Lima. Apelado: Fundação Universidade de

Brasília - FUB. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Distrito Federal, DISTRITO FEDERAL, 06 de abril de 2015. **Jus Brasil**. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/91066867/trf-1-jud-trf1-31-03-2015-pg-186>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

Câmara Técnica de Bioética. Consentimento Livre e Esclarecido. Conselho Federal de Medicina (2015)

Acadêmico do 1º. Ano do Curso de Direito da Faculdade Alvorada de Tecnologia e Educação de Maringá. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Bioética “Tereza Rodrigues Vieira” da mesma IES.

Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue> (acessado 02/12/16)

BIBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução do Novo Mundo. Associação Torre de Vigia de Bíblias e tratados, Cesário Lange, SP, 2013.

Brochura: Testemunhas de Jeová – Quem São? Em Que Crêem? 2000

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980. Adota os fundamentos do Parecer no Processo CFM nº 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Diário Oficial da União, 22 out 1980; Seção I, parte II.

BRASIL. Tribunal de Justiça MG. Agravo de instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos.. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Distrito Federal, DISTRITO FEDERAL, 14 de agosto de 2007. **Jus Brasil**. Disponível em: < <https://tj-mg.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019947/107010719151960012-mg-1070107191519-6-001-2-tjmg> > Acesso em: 09 mai. 2017.

DINIZ, M. H.O **Estado atual do biodireito**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO ADMINISTRATIVO: ABUSO DE PODER DO AGENTE PÚBLICO

ALINE CRISTINA RIBEIRO: Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Universidade Brasil- Fernandópolis-SP.

RESUMO: O Poder no âmbito do Direito Administrativo é confiado ao administrador público para ser utilizado dentro dos parâmetros legais, com fulcro nos princípios inerentes à administração pública. Ocorrerá abuso de poder, que é gênero, do qual podemos extrair as espécies (i) desvio de finalidade, que é um vício exercido pela autoridade competente que atua dentro dos limites de sua competência, porém pratica ato com intuito diverso do previsto em lei e (ii) excesso de poder, no qual o agente público extrapola sua competência legal. Uma vez que o agente público não observa tais princípios, utilizando-os de modo desproporcional ou conferindo-lhes finalidade diversa, estará caracterizado o abuso de poder por parte do Estado que atua por meio de seus agentes.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Poder, desvio, administrador público.

ABSTRACT: The Power in the scope of Administrative Law is entrusted to the public administrator to be used within legal parameters, with a focus on the principles inherent in public administration. There will be abuse of power, which is gender, from which we can extract the species (i) misuse of purpose, which is a vice exercised by the competent authority that acts within the limits of its competence, but acts with intent other than that provided by law and (ii) excess power, in which the public agent goes beyond its legal competence. Since the public agent does not observe these principles, using them in a disproportionate way or conferring them different purpose, it will characterize the abuse of power on the part of the State acting through its agents.

Keywords: Administrative Law - Power - deviation - public administrator.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Poder no Direito Administrativo.1.1. Conceito e Fundamento.1.2. Formas de Exercer o Poder. 1.2.1 Do Poder Vinculado.1.2.2 Do Poder Discricionário. 2. Abuso de Poder x Abuso de Autoridade. 2.1 Abuso de Autoridade e Violação do Princípio da Legalidade. 3. Modalidades de Abuso de

Poder. 3.1. Do Excesso de Poder. 3.2. Do Desvio de Finalidade. 4. Das Sanções. 5. Do Projeto de Reforma da Lei de Abuso de Autoridade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O poder administrativo é uma ferramenta utilizada pelos administradores públicos, que deve ser manuseada em benefício da coletividade, prezando pela credibilidade da instituição representada e pela inviolabilidade dos princípios administrativos. Quando o administrador competente para exercer determinado ato legal utiliza de atributos inerentes à administração com o escopo de obter vantagens pessoais ou benefícios individuais de terceiros, ocorrerá abuso de poder na modalidade desvio de finalidade.

Em um Estado em que se delegam as funções estatais a agentes públicos, deve a administração fiel observância aos preceitos legais em tudo que for realizar até mesmo quando são outorgadas manifestações revestidas de discricionariedade, vez que a própria lei determina o modo de execução, a finalidade e a competência para sua realização, permitindo-se apenas uma margem de liberdade moderada pela oportunidade e conveniência. Assim, a não observância dos preceitos legais supracitados (modo de execução, finalidade e competência) caracterizará abuso de autoridade, pois, embora lhe tenha sido conferido poder-dever, a autoridade não observou as limitações legais para a prática do ato, tornando-o abusivo. Trata-se de postura lesiva na medida em que fere o regular funcionamento legal da administração pública.

Deste modo, para que o Estado desempenhe propriamente sua função e para garantir a ausência de desvio de finalidade do ato administrativo, faz-se necessário analisar não só a ofensa de interesses imediatos violados como também a afronta aos princípios inerentes à administração, pois o Estado funciona por meio de seus agentes, o que torna inadmissível que o interesse particular se sobressaia ao interesse público, sendo medular impugnar toda manifestação diversa àquela almejada pelo Estado (na consecução do interesse primário), representante dos anseios sociais respaldados pelo interesse público contido nas leis, na oportunidade de sua realização.

1. PODER NO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 CONCEITO E FUNDAMENTO

Poderes Administrativos também conhecidos como poderes da administração, são prerrogativa/elementos indispensáveis para persecução do interesse público. Classificados em quatro tipos de poderes: poder hierárquico, poder regulamentar, poder disciplinar e poder de polícia. No qual tais prerrogativas permitem ao administrador público perseguir o interesse coletivo, com o fulcro na realização do bem comum.

1.2 FORMAS DE EXERCER O PODER

1.2.1 DO PODER VINCULADO

Poder Vinculado, também denominado de regrado, é aquele que a lei confere à Administração Pública para determinada prática de ato de sua competência, destacando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Nesses atos, a Administração Pública fica inteiramente "presa" aos ditames legais, inexistindo a discricionariedade do administrador, devendo esse agir rigorosamente com fulcro nos preceitos legais. “Hely Lopes Meirelles considera que, na prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Assim sendo, a liberdade de ação do administrador é mínima”.

O particular perante o poder vinculado possui direito subjetivo de pleitear a edição de determinado ato, da respectiva autoridade, quando atender todos os requisitos estipulados em lei. Exemplo clássico, utilizado na doutrina a expedição de licença para construir, quando o solicitante observa todos os requisitos legais.

1.2.2 DO PODER DISCRICIONÁRIO

Entende-se por poder discricionário o direito que é concedido à Administração Pública para a execução de atos administrativos, com a faculdade de optar de acordo com sua oportunidade, conveniência e conteúdo. Difere-se, no entanto, do poder vinculado devido a maior autonomia de ação a qual é dada ao administrador. A autoridade pública está submetida à lei em quaisquer dos elementos constitutivos para o exercício do Poder Vinculado, contrária está à autoridade pública para a execução de um ato discricionário, tendo a liberdade no campo em que a lei estabelece tal faculdade.

Hely Lopes Meirelles diz que discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo mencionam que conveniência e oportunidade formam o poder discricionário e esses elementos permitem que o administrador público eleja, entre as várias condutas previstas em lei, a que se traduzir mais propícia para o interesse público.

No mesmo sentido:

Maria Sylvia Zanella di Pietro define que “a atuação discricionária quando a administração diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”

A nomeação para cargo em comissão, na qual o administrador público detém uma liberdade de escolha, possuindo a autonomia de nomear pessoa de sua ampla confiança sem qualquer triagem, é um exemplo do exercício do Poder Discricionário.

São cinco os elementos do ato administrativo: objeto, competência, motivo, forma e finalidade. O ato discricionário não atenderá a todos os elementos, tendo em vista, que quanto a competência, à finalidade e à forma, sempre será o ato vinculado, já com referência aos elementos motivo e objeto, podem ser vinculados ou discricionários, consoante o ato examinado, de modo que a discricionariedade não atinge todos os elementos do ato administrativo, uma vez que em relação à forma, à competência e à finalidade do ato a autoridade subordina-se ao que a lei estabelece.

2. ABUSO DE PODER x ABUSO DE AUTORIDADE

Abuso de Poder é o fenômeno que se verifica sempre que uma autoridade ou um agente público embora competente para a prática de um ato ultrapassa os limites das suas atribuições ou se desvia suas finalidades anteriormente delimitadas.

Existem duas situações (modalidades): a) ultrapassa seus limites que equivale a excesso de poder e b) desvia a finalidade anteriormente prevista, equivalente a desvio de desvio de finalidade, sendo o que do

abuso de poder nascem o excesso de poder ou desvio de finalidade ou de poder. Destarte, o abuso de poder revela-se através do excesso de poder, hipótese em que o agente público extrapola sua competência legal. Logo desvio de poder manifesta-se quando o agente público age com interesses distintos ao princípios inerentes a administração, contrariando assim a finalidade pública.

Na hipótese de abuso de autoridade, existe a tipificação de condutas abusivas de poder estipuladas como crimes (lei 4898/65) sendo correto dizer que o abuso de autoridade é o abuso de poder checado sob as normas penais.

Além do mais, o abuso de autoridade engloba o abuso de poder, de acordo com o disposto no artigo 4º, da lei nº 4.898/65, englobando os conceitos administrativos para tipificar condutas opostas à lei no âmbito disciplinar e penal, “Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.”

Versam de formas arbitrárias de agir do agente público na esfera administrativa, na qual está submetido ao que estabelece a lei, pelo princípio da estrita legalidade.

No mais, abuso de poder não caracteriza, apenas infração administrativa, pois é empregado na esfera penal para descrever algumas condutas de abuso de autoridade, porém essas são muito mais abrangentes do que o simples abuso de poder, quer pelo desvio, quer pelo excesso, abrangendo outras condutas ilegais do agente público, levando-nos a conclusão de que o abuso de autoridade engloba o abuso de poder, e este por seu turno, divide-se em desvio e excesso de finalidade ou de poder.

Vale salientar também que, segundo a Lei n. 4898/65, artigo 5º, “considera autoridade quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

2.1 ABUSO DE AUTORIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está calcado em diversos dispositivos legais, tais como, artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e artigo 37, caput, do Texto Constitucional, ao dispor

que “a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Ao conceituarmos legalidade é necessário analisar dois enfoques distintos: primeiramente, a legalidade no direito privado, no qual as relações são travadas em prol de interesses próprios (particulares); e a legalidade no âmbito do direito público no qual é necessária observância dos princípios da administração de modo que esse interesse estará sempre subordinado à lei, ou seja, ao mesmo tempo em que ao particular é permitido tudo o que não for vedado por lei, a Administração Pública, longe disso, somente pode fazer o que estiver expressamente autorizado pela lei. Assim, todas as atividades da Administração devem rigorosamente estar vinculadas à lei, não sendo possível aos agentes públicos efetuar atividades ou atos sem a competente previsão legal.

Essa imposição está intrinsecamente afeta ao princípio da indisponibilidade do interesse público primário, em que o administrador de maneira alguma pode agir como ele bem entender dentro da Administração.

Por este princípio, os serviços, bens e interesses coletivos tem que ser protegidos pelo administrador. No âmbito da Administração não se admite a “vontade do administrador”, devendo prevalecer unicamente a “vontade da norma”.

Em suma: o princípio da legalidade possui significado diversificado a depender do destinatário. No âmbito do Direito Civil, confere liberdade ao particular, podendo este executar tudo que a lei não proibir, ao passo que, no âmbito do Direito Administrativo, atribui limitação à atuação administrativa, visto que a atuação funcional da administração pública somente em havendo expressa previsão legal e nos limites fixados pela norma, conforme ensinamentos de Seabra Fagundes, para o qual “administrar é aplicar a lei de ofício”.

3. MODALIDADES DE ABUSO DE PODER

Abuso de Autoridade é crime (Lei n. 4.989/95), englobando as condutas abusivas de poder, que podem caracterizar (i) excesso de poder, caso em que o agente público atua além de sua competência

legal; e (ii) desvio de poder, em que o agente público atua contrariamente ao interesse público primário, desviando-se da finalidade pública. Em resumo: ambas são formas arbitrárias de atuar (ação/omissão) do agente público no âmbito administrativo, em que está adstrito ao que determina a lei.

3.1 DO EXCESSO DE PODER

Há excesso de poder quando o gestor público atua fora dos limites de suas atribuições. Há violação da regra de competência, seja porque o agente público exerceu atribuições cometidas a outro agente, seja porque se apropriou de competência que a Administração ou ele próprio não dispunham.

Por oportuno, veja-se ensinamento doutrinário de Neto e Torres:

A tese do **d'excês de pouvoir**, de excesso de poder surgiu na França como um instrumento recursal específico que permitia a denúncia dos cidadãos no que concerne a graves irregularidades praticadas pela Administração e que viessem a atingi-lhes. Eduardo Garcia de Enterría, em sua obra "As Transformações da Justiça Administrativa - Da Sindicalidade restrita à Plenitude Jurisdicional. Uma Mudança de Paradigma?" exemplifica tais irregularidades com os vícios de competência, a invasão de funções próprias dos juízes civis e, posteriormente, a violação direta da lei, alertando, inclusive, que em um momento posterior, surgiu o "desvio de poder", que significa a utilização de um poder legal para fins distintos daqueles estimados pela lei.

Por conseguinte, o ato ou a atividade administrativa decorrente do excesso de poder, por qualificar-se abusivo, expõe-se à invalidade administrativa ou judicial.

3.2 DO DESVIO DE FINALIDADE

Há desvio de poder ou de finalidade quando o agente exerce a sua competência para atingir fim diverso daquele previsto em lei. Nesse caso, o gestor

público dispõe de competência, contudo, atua em desconformidade com a finalidade previamente estabelecida pela norma.

Conforme Matheus Carvalho, o desvio de finalidade pode manifestar em duas formas distintas, *in verbis*:

a) O agente público pratica um ato visando interesses individuais, de caráter pessoal, sem atentar para o interesse público. Isso pode ser feito em benefício próprio ou de um amigo ou até mesmo na intenção de causar transtornos a um desafeto sem ou de sua família.

Nesse caso, há clara violação ao princípio da impessoalidade.

b) A autoridade pública pratica o ato respeitando a busca pelo interesse público, mas não respeitando a finalidade especificada por lei para aquele determinado ato. Por exemplo, a exoneração é a perda do cargo de um servidor público sem finalidade punitiva, enquanto a demissão tem essa finalidade. Não é lícito ao administrador exonerar um servidor subordinado que cometeu infração, porque foi desrespeitada a finalidade legal para a prática do ato.

Assim, da mesma forma que o excesso de poder, o desvio de finalidade, em razão de se constituir um abuso de poder, também sujeita o ato ou atividade administrativa à invalidação administrativa ou judicial.

4. DAS SANÇÕES

São várias as leis que abordam as consequências do abuso de poder. Vejamos:

A **Lei nº 8.666/93** delibera, em seu artigo 83, que a prática dos crimes nela descritos sujeitam o transgressor à perda do emprego, cargo, função ou mandato eletivo:

“Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando

servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”.

A **Lei nº 8.112/90** dispõe sobre a responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor pelo exercício irregular das atribuições por ato omissivo ou comissivo por ele praticado, conforme os artigos 121 (exercício irregular das atribuições), 124 (ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente) e 132, inciso IV (demissão com fundamento na improbidade administrativa, que pode configurar abuso de poder):

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições;

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 132, IV A demissão será aplicada nos seguintes casos: IV - improbidade administrativa.

Por sua vez, a Lei da Improbidade Administrativa (**Lei nº 8.429/92**), em seu artigo 11, inciso I, prevê condutas que podem caracterizar o abuso de poder, como a prática de ato objetivando a fim proibido em lei ou regulamento (o que determina o desvio de poder) ou a prática de ato distinto daquele previsto na regra de competência (o que configura excesso de poder):

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

E, seu artigo 12 estabelece as penas de perda da função pública, e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios como penalidades administrativas:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\).](#)

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Por fim, a **Lei nº 4.898/65**, em seu artigo 4º, “h”, determina que o abuso ou o desvio de poder caracteriza ato lesivo ao dispor que: **“Constitui também abuso de autoridade: o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”**.

Referida lei prevê sanções cíveis, penais e administrativas para os agentes que praticarem abuso de autoridade, estando as sanções administrativas previstas no artigo 6º, §1º:

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

- a) advertência;
- b) repreensão;
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
- d) destituição de função;
- e) demissão;
- f) demissão, a bem do serviço público.

Consequentemente, entende-se que as práticas abusivas não existem por si mesmas, pois são decorrentes da não observância das normas a ela vinculadas.

5. DO PROJETO DE REFORMA DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

O abuso de autoridade é uma questão delicada justamente por envolver certa margem de discricionariedade (mérito) do ato administrativo do agente público (conveniência e oportunidade). Tanto é que se discutem, atualmente, mudanças na Lei de Abuso de Autoridade, com vistas a especificar mais pormenorizadamente alguns crimes e, conseqüentemente, evitar condutas ilegais dos agentes públicos.

Recentemente, o Senado Federal aprovou, por 54 votos a 19, que, o projeto de reforma da Lei de Abuso de Autoridade, seguindo para o crivo da Câmara dos Deputados.

Retirou-se da proposta original a possibilidade de criminalizar a conduta de juiz que tivesse sua sentença reformada pela instância superior, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, tornando-o inócua e, conseqüentemente, ao princípio do devido processo legal e constitucional.

O texto aprovado é resultado de dois projetos (o PLS 280/2016, apresentado por Renan Calheiros, e o PLS 85/2017, apresentado pelo Procurador-Geral da República).

Veja-se que o PLS 85/2017 retirou a possibilidade de criminalizar eventual divergência de interpretação de lei (o chamado “crime de hermenêutica”), sob pena de inviabilizar a atuação dos membros do Ministério Público e da Magistratura, bem como retirou a possibilidade de punir juízes cujas sentenças fossem reformadas, mas o projeto aprovado prevê mais de trinta crimes de abuso de autoridade, por exemplo, “dar carteirada”, conduta esta que caracteriza abuso de poder, prevendo diversas sanções, como obrigação de indenizar, inabilitação para exercício de cargo público por até cinco anos e perda do cargo, tudo com vistas a permitir a concretização da atuação legítima dos agentes públicos em prol do interesse público primário.

CONCLUSÃO

A Administração Pública é regida por princípios que objetivam o interesse público e o bem comum dos cidadãos. Os Poderes citados têm sua atuação alicerçada nos princípios, proporcionando, na medida do possível, a satisfação da atividade pública.

Os Poderes discricionário, vinculado, disciplinar, hierárquico, regular e de polícia compõe a Administração Pública de maneira que eles constituem um conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica outorga aos agentes administrativos visando propiciar que o Estado alcance seus fins. Assim, para que o Estado desempenhe propriamente sua função e para garantir a ausência de desvio de finalidade do agente público ao praticar o ato administrativo, faz-se necessário analisar não só a ofensa de interesses imediatos violados como também a afronta aos princípios inerentes à administração, pois o Estado funciona por meio de seus agentes, o que torna inadmissível que o interesse particular se sobressaia ao interesse público primário, sendo medular impugnar toda manifestação diversa àquela almejada pelo Estado, representante dos anseios sociais respaldados pelo interesse público primário contido nas normas, na oportunidade de sua realização.

É no âmbito do poder discricionário que surgem as mais variadas possibilidades de abuso de autoridade, na modalidade desvio de poder. Prova disso é a proposta de modificação da Lei de Abuso de Autoridade, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados, na qual se discute a criminalização de condutas de agentes públicos, visando reduzir a margem de discricionariedade no exercício das funções/atribuições de tais agentes e, conseqüentemente, evitar condutas ilegais e arbitrárias, que não atinjam a finalidade almejada pelo Estado em prol do bem comum da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. Direito Administrativo: 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. Resumo de direito administrativo descomplicado. Rio de Janeiro: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de Dezembro de 1965.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

CARVALHO, M. Manual de Direito Administrativo: 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado: 9. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARINELA, F. Direito Administrativo: 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2010.

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro: 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NETO, F. F.; BALTAZAR T.; RONNY C. L. *Sinopses para concurso Direto administrativo*. 5. ed. Salvado: Editora Juspodivm, 2005.

NORMAS ABNT ATUALIZADAS. Disponível em:
<www.normaseregras.com/normas-abnt/>. Acesso em 16 abr. 2017.

PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo: 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

PROJETO DE LEI QUE PUNE ABUSO DE AUTORIDADE É APROVADO NO PLENÁRIO DO SENADO. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2017-abr-26/projeto-lei-pune-abuso-autoridade-aprovada-senado>>. Acesso em 12 mai. 2017.

SEABRA, F. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1979.

SILVA, J. A. Comentário Contextual à Constituição: 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COMENTÁRIOS ÀS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

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 hipóteses estabelecidas para extinção da concessão de serviço público.

Palavras-chave: Administração Pública. Concessão. Serviços Públicos. Hipótese de Extinção.

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; 8 Comentários às Hipóteses de Extinção da Concessão de Serviço Público

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 pessoais 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 expendido, 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 espandendo 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 aceitação 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.

8 Comentários às Hipóteses de Extinção da Concessão de Serviço Público

A concessão do serviço público é sempre ajustada por prazo certo ou, quando não, celebrada para vigorar até que atenda aos interesses públicos. No sistema jurídico vigente, contudo, tal como pontuado em momento anterior, vigora apenas as concessões celebradas por prazo determinada, em decorrência

das redações contidas nos incisos II e III do artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Entrementes, é evidente que durante a vigência da concessão de serviço público podem ocorrer certos fatos ou atos jurídicos que acarretam a extinção da concessão de serviço público. Alguns desses acontecimentos têm o condão de extinguir automaticamente a concessão, ao passo que outros não, porém servem de motivo para sua extinção. Tais fatos e atos jurídicos são comumente chamados de causas extintivas de concessão. Segundo o escólio apresentado por Gasparini, “várias são as causas que podem levar a concessão de serviço público à extinção: I – um fato jurídico; II – um ato jurídico; III – um ato administrativo; IV – um ato consensual; V – um ato jurisdicional” [30].

A legislação de regência, sem qualquer sistematização e de modo incompleto, na redação do artigo 35 [31], indicou as causas extintivas da concessão de serviço público. Com efeito, tais causas extinguem ou servem de motivo para a extinção da concessão do serviço público, isto é, para o desfazimento do contrato de direito administrativo firmado entre o poder concedente e o concessionário. Ora, as causas não precisam estar indicadas no edital licitatório, contudo o contrato de concessão de serviço público deve, porquanto configuram as denominadas cláusulas essenciais. Entretanto, algumas podem servir de alicerce de extinção desse contrato, ainda que não estejam arroladas, a exemplo da extinção por ilegalidade e pelo decurso do prazo contratual. “A concessionária, empresa privada instituída e dirigida por particulares, não desaparece com a extinção da concessão, embora deixe de ser, na qualidade de concessionária de serviço público” [32].

8.1 Extinção da Concessão de Serviço Público por Fato Jurídico

Considera-se fato como qualquer acontecimento do mundo fenomênico, podendo ser jurídico ou ajurídico. Neste sentido, fato jurídico é aquele que possui relevância para o Direito, como é o decurso do prazo; não sendo dessa forma, considera-se como fato ajurídico, a exemplo da luz do dia. Em complemento, são fatos jurídicos que culminam com a extinção da concessão de serviço público: (i) o decurso do prazo; (ii) o desaparecimento do concessionário. No caso da primeira hipótese, **o decurso do prazo**, cuida destacar que a concessão de serviço público sempre será pactuada por prazo certo, logo, ultimado o prazo, extingue-se. O advento do termo estabelecido tem o condão de colocar fim ao desfrute do privilégio, culminando em extinção automática, tratando-se, portanto,

de hipótese capitaneada no inciso I do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995. José dos Santos Carvalho Filho vai assinalar que “essa é a forma natural de extinção da concessão. Advindo o momento final previsto para o fim do contrato, a extinção opera-se *pleno iure*, sem necessidade de qualquer ato anterior de aviso ou notificação” [33].

Com efeito, inexistente a necessidade de algum ato que declare a extinção da concessão do serviço público, conquanto seja carecido um termo circunstanciado do recebimento do serviço e dos bens público, bem como, quando for o caso, dos bens do concessionário, os quais passam para o domínio público do poder concedente, em decorrência da materialização do instituto da reversão. Os efeitos jurídicos da extinção são computados da data em que houve a consumação do prazo. “São efeitos *ex nunc*, e não há como pretender sejam de outro modo, pois todas as condições foram cumpridas a contento” [34], como observa Gasparini. Em mesmo sentido, Carvalho Filho vai apontar que os efeitos da extinção são *ex nunc*, de maneira que apenas a partir do termo final é que o serviço se considera revertido ao concedente. Igualmente, somente a partir do termo final é que o concessionário se desvincula de suas obrigações, perdendo, por consequência, os privilégios administrativos que possuíam em decorrência da vigência do contrato.

A partir do termo final, o prosseguimento da execução e exploração do serviço concedido pelo concessionário torna-se eivada de irregularidade, porque cabe a Administração Pública concedente assumi-las. *In casu*, a assunção independe de qualquer previsão editalícia ou contratual, porquanto encontra amparo na redação do §2º do artigo 35 [35]. “Contudo, se a Administração Pública então concedente nada fizer no sentido de retomada do serviço público concedido, não pode o concessionário, [...], paralisar sua execução” [36], em razão do princípio da continuidade do serviço público. Ocorrendo tal hipótese, deverá o concessionário notificar ao poder concedente com o fito de obriga-la, dentro de determinado prazo razoável, a retomar o serviço que lhe fora concedido, sob pena de sua consignação em juízo. Assumindo o serviço público, cuja execução se encontrava a cargo do concessionário, incumbe à Administração Pública, nos termos do sobredito parágrafo, proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. Em harmonia com o §3º do artigo 35 [37] da legislação

supramencionada, a assunção do serviço então concedido autoriza a Administração Pública ocupar as instalações e utilizar todos os bens reversíveis.

A segunda hipótese é a **extinção em razão do desaparecimento do concessionário**, ou seja, em razão da falência da empresa concessionária do serviço público cuja execução e exploração lhe foram trespassadas. Com efeito, a hipótese em comento encontra previsão no inciso VI do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995 e regulada pela Lei nº 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (Lei de Falências). “Com a decretação da falência ocorre o desaparecimento do concessionário, e isso impede lógica e juridicamente a continuidade da concessão de serviço público” [38], porque não há como manter-se em vigor o contrato sem a presença de uma das partes, qual seja: o concessionário. É automática a extinção, sendo despicienda para a caracterização qualquer manifestação estatal, conquanto seja necessário algum comportamento, por parte da Administração Pública concedente, visando a continuidade do serviço público e a defesa do interesse patrimonial.

Os efeitos jurídicos produzidos são *ex nunc*, contando-se a partir da decretação da falência. Como pontuado, a falência é causa extintiva da concessão do serviço público, ocorrendo durante a vigência do contrato, logo, antes do termo do prazo estabelecido, devendo, *in casu*, a Administração Pública concedente indenizar os investimentos atrelados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Os demais bens sofrerão o processo de arrecadação pela massa falida, salvo aqueles que são pertencentes à Administração Pública concedente. Doutra ponta, a falência, quando fraudulenta, é considerada como descumprimento do contrato de concessão do serviço público, na proporção em que o concessionário deveria manter durante toda a duração do ajuste as condições iniciais de sua habilitação, porém não manteve e desencadeou a quebra, culminando, assim, em prejuízo para Administração Pública concedente. Assim, deve a Administração Pública, na condição de concedente, apurar o prejuízo e aplicar a competente sanção, abatendo tais valores de uma eventual indenização a ser paga à massa falida. Se a falência não for qualificada como fraudulenta, descabe qualquer sanção ou ressarcimento de eventuais prejuízos.

Igualmente, a dissolução da concessionária de serviço público por deliberação de seus sócios ou acionistas também tem o condão de extinguir a

concessão de serviço público, supedaneado no inciso VI do artigo 35 da legislação supramencionada. Os efeitos jurídicos da extinção são contados do primeiro ato praticado no sentido da dissolução, a exemplo do termo de dissolução, no caso de sociedade de pessoa, e da aprovação da dissolução pela assembleia geral, em se tratando de sociedade de capital. “São, portanto, de agora em diante *ex nunc*. É extinção automática da concessão de serviço público, não tendo a Administração Pública concedente que praticar nesse sentido qualquer ato”^[39], porém deve adotar algumas medidas, com o escopo de assegurar a continuidade do serviço e a preservação de seus interesses patrimoniais. A dissolução da empresa concessionária é causa extintiva da concessão do serviço público, ocorrendo durante a vigência do contrato, logo, antes do termo do prazo estabelecido, devendo, *in casu*, a Administração Pública concedente indenizar os investimentos atrelados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados.

É oportuno apontar que os demais bens terão o destino que lhes for determinado pelos sócios ou acionistas, excetuando-se os pertencentes à Administração Pública concedente. Nesta linha, a dissolução é encarada como descumprimento contratual, porquanto o concessionário devia, durante todo o prazo da concessão de serviço público, assegurar as condições iniciais de habilitação, que desapareceram com essa medida de seus sócios ou acionistas. A partir de tal aspecto, com o escopo de evitar repetição enfadonha, são operados os mesmos efeitos da falência fraudulenta. Por fim, a terceira variável abarcada pelo inciso VI do artigo 35 alude ao falecimento ou à incapacidade do titular, quando se tratar de empresa individual. Trata-se de extinção automática, não sendo necessário ato algum da Administração Pública concedente para tanto, embora seja necessária alguma medida para manter a prestação do serviço público e para preservar seus interesses patrimoniais. Se tais atos não foram causados pelo titular da empresa individual, descabe alguma sanção ou apuração e exigência de eventuais prejuízos. Contudo, “a morte de um dos sócios, ainda que participante da diretoria da concessionária de serviço público, não leva à sua extinção, salvo se em razão dela dissolver-se a sociedade”^[40], como aponta Gasparini. Igualmente, se esta continuar com os sócios remanescentes e sucessores do *de cuius*, descabe falar em dissolução.

8.2 Extinção por Ato do Concedente

A concessão de serviço público pode ser extinta por ato da Administração Pública concedente, pelos seguintes motivos: (i) o interesse público; (ii) a desafetação do serviço; (iii) o inadimplemento do concessionário; (iv) a ilegalidade da concessão. A primeira hipótese, **interesse público**, também nominado de mérito, poderá o poder concedente extinguir, antes do prazo, o contrato de concessão de serviço público. Com destaque, o mérito está relacionado à oportunidade ou à conveniência da extinção dessa espécie de contrato administrativo e à retomada do serviço público em que a execução e a exploração foram atribuídas ao particular. A hipótese em comento encontra amparo no inciso II do artigo 35 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995[41], qual seja: a encampação. Teóricos, ainda, nominam a retomada dos serviços públicos concedidos por esse motivo de *resgaste*.

Com a extinção antecipada da concessão de serviço público é observável que os investimentos vinculados aos bens reversíveis que ainda não foram amortizados ou depreciados, devendo o poder concedente proceder à indenização correspondente, que há de ser prévia, ou seja, antes da retomada do serviço público, conforme preconiza o artigo 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995[42]. Com destaque, para a legitimidade da extinção da concessão na hipótese em apreço, a legislação de regência reclama autorização legislativa específica, isto é, lei que só prescreva a autorização extintiva e as suas regras. “Os efeitos da extinção da concessão de serviço público por interesse público são *ex nunc*, isto é, de agora em diante, respeitando-se todos os direitos e situações já consolidadas”[43].

Sendo o concedente o titular do serviço, é de todo razoável que, em razão da peculiaridade de certas situações, tenha ele interesse em extinguir a delegação e, por conseguinte, a concessão. Os motivos, como bem consigna a lei, são de interesse público, vale dizer, a Administração há de calcar-se em fatores de caráter exclusivamente administrativo. Registre-se, no entanto, por oportuno, que, embora esses fatores sejam próprios da avaliação dos administradores públicos, estão eles vinculados à sua veracidade[44].

Os direitos e o de receber a correspondente indenização quando os investimentos atrelados a bens reversíveis ainda não forem inteiramente amortizados ou depreciados, são os únicos a que faz jus o concessionário. Desta feita, não assiste o direito de opor-se à extinção do contrato de concessão de serviço público que até aquele momento titularizara, exceto se o motivo for ilegal. Sob alguns aspectos, a hipótese de encampação é descrita como ato administrativo discricionário da Administração Pública, como é o momento de sua prática, sem que acarrete praticar ou não praticar o ato de extinção. É oportuno salientar que o ato de extinção da concessão de serviço público por motivo de mérito é ato administrativo, veiculado por decreto.

A segunda hipótese dispõe que a extinção da concessão de serviço público pode encontrar na **desafetação do serviço público**, cuja execução e exploração foram transferidas ao concessionário, o motivo de sua legalidade. Desta feita, apenas por lei um determinado serviço torna-se público, ou seja, da responsabilidade da Administração Pública, a fim de serem ofertados aos administrados, sob um regime de direito público, só por lei ele deixa de ser oferecido mediante esse regime. Na hipótese em comento, configura-se, no primeiro caso, a afetação e, no segundo, a desafetação. A afetação torna o serviço um serviço público, logo, só pela Administração Pública ou por seus concessionários e delegatários pode ser prestados aos usuários. A desafetação, por sua vez, retira o serviço público desse regime de execução, sendo que, a partir de então, o serviço passa a ser próprio dos particulares e a ser executado ou explorado como são os demais serviços caracterizados como da iniciativa privada.

Com destaque, os efeitos da desafetação são contados da data da lei que a determinar e para o futuro, sendo, portanto, efeitos *ex nunc*. Concomitantemente com a desafetação ocorre a extinção antecipada da concessão do serviço público, sendo perceptível que os investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não totalmente amortizados ou depreciados serão indenizados pela Administração Pública concedente. Distintamente da extinção por interesse público (encampação), como causa da extinção da concessão de serviço público, a indenização não há de ser prévia, tampouco requer a presença de lei autorizadora, conquanto que para a desafetação se vindique lei. Além disso, caso com a desafetação outros prejuízos forem causados ao concessionário, incumbe à Administração Pública o dever de indenizá-lo plenamente.

O **inadimplemento** de obrigações a cargo do concessionário pode ser causa acarretadora da extinção da concessão do serviço público antes do termo final, estabelecido no contrato. Incumbe ao poder concedente, de forma discricionária, considerar se o inadimplemento é ou não causa suficiente a levar a extinção à concessão de serviço público. Sendo considerada com causa suficiente, é impositiva a extinção. Materializa-se, pois, a hipótese genérica albergada no inciso III do artigo 35 da legislação de regência, qual seja: a caducidade. Não comportando a extinção, aplica-se ao concessionário de serviço público a devida sanção, nos termos preconizados no *caput* do artigo 38 da mesma legislação[45]. Ainda em consonância com o dispositivo ora mencionado, o inadimplemento pode ser total ou parcial, porém as consequências serão as mesmas.

“Ocorre o inadimplemento quando o concessionário descumpre as condições e termos especificados no edital licitatório, no contrato de concessão de serviço público ou na lei”[46], conforme escólio de Diógenes Gasparini. O descumprimento pode materializar um ato ou fato, comissivo ou omissivo, doloso ou culposos, atribuído ao concessionário e violador de suas obrigações. No mais, o ato de caducidade é ato administrativo punitivo, veiculado por decreto editado pela Administração Pública, em observância ao §4º do artigo 38[47]. Ademais, em consonância com o §1º do artigo 38, a caducidade poderá ser decretada quando restar materializada:

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[48].

Conquanto não se encontrem acinzelados no §1º do artigo 38, a doutrina[49] entende que a subconcessão, a transferência de concessão e a cessão do controle societário da concessionária sem prévia anuência da Administração Pública concedente é razão suficiente para a decretação da caducidade, de acordo com a redação do artigo 27[50]. A legalidade da decretação da caducidade carece de prévio processo administrativo em que restou devidamente comprovada a inadimplência do concessionário do serviço público e lhe assegurou amplo direito de defesa, conforme prescreve o §2º do artigo 38[51]. O processo em comento só comporta instauração após o concessionário do serviço público ser informado, detalhadamente, acerca do descumprimento de suas obrigações e se lhe dado um prazo para a promoção da correção das falhas e transgressões mencionadas e enquadrar-se novamente nos termos e condições da concessão de serviço público, consoante a dicção do §3º do artigo 38[52].

Denota-se, assim, que a extinção, *in casu*, não é automática; ao reverso, reclama pronunciamento solene da Administração Pública concedente, como está indicado no §4º do artigo 38, caso a causa esteja indicada na lei, no regulamento ou no ato de outorga. Se a causa não se encontrar disciplinada em qualquer daqueles atos, a cassação é requerida ao Judiciário. “A entidade competente para decretar a cassação é a titular dos serviços públicos [...]. Esse procedimento e essas exigências somente são necessários para a decretação da caducidade”[53], ou seja, da extinção da concessão de serviço público. Revela-se, porém, mas simples a aplicação de outras sanções contratuais, que apenas

reclamam procedimento administrativo em que seja assegurado ao concessionário do serviço público amplo direito de defesa.

Com efeito, o ato da caducidade não desencadeia qualquer pedido de indenização ou a satisfação do lucro que seria aferido durante o restante do tempo ao concessionário do serviço público. Em mesma trilha, o poder concedente não possui nenhuma culpa pela inadimplência, logo, inexistente o dever de indenização, consoante redação do §4º do artigo 38^[54], em especial quando estabelece que a caducidade ocorrerá independente de indenização. De maneira diversa, caso o concessionário do serviço público tenha, com sua atitude, causado qualquer prejuízo para o poder concedente, deverá satisfazê-los, indenizando-o plenamente. Como regra, o pleito indenizatório deve ser deduzido e requerido em Juízo pelo poder concedente em face do concessionário do serviço público. No mais, como se denota que a caducidade só ocorre durante o transcurso da concessão do serviço público, é patente que se os investimentos atrelados aos bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados, devendo, pois, os valores correspondentes serem apurados e indenizados.

Nesta linha, ainda sobre a caducidade, é importante assinalar que sobreditos valores, após devidamente apurados, serão pagos depois da decretação, deduzidos o montante da dívida regularmente aplicados e os prejuízos efetivamente avaliados, consoante a redação do §4º do artigo 38. Entretanto, os demais bens continuam de propriedade das partes anteriormente envolvidas na concessão do serviço público, cabendo a cada uma, em relação a tais bens, proceder em consonância com o respectivo interesse. Afora isso, nenhuma outra responsabilidade decorrente da caducidade é assumida pelo poder concedente. Em complemento, o artigo 38, em seu §6º^[55], vai espantar que, declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Por derradeiro, a quarta hipótese consiste na **ilegalidade**. É fato que contrato de concessão de serviço público, conquanto emoldurado pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, fosse celebrado com vícios que o inquinam, podendo ser declarados a qualquer tempo, desde que não prescrito tal direito. Em tal cenário, há uma ilegalidade que subsidia o motivo ao ato da extinção. Com efeito, o ato do poder concedente apto a extinguir a concessão do

serviço público em razão de sua ilegalidade é administrativo, comumente nominado de *ato de anulação*, encontrando subsídio no inciso V do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995, sendo que a decretação pode ocorrer tanto na esfera administrativa como na judicial. No primeiro caso a anulação será chamada de *invalidação*, ao passo que no segundo é *anulação*. “A extinção por ilegalidade, é incontroverso, não é automática, exigindo, portanto, um solene pronunciamento da Administração Pública concedente ou do Judiciário” [56].

Os efeitos produzidos pelo ato da extinção, quer seja na esfera administrativa, quer seja na esfera judicial, serão *ex tunc*, ou seja, retroagirão à data da concessão do serviço público ou mesmo antes, quando for verificada a existência do vício ainda na fase de licitação ou no ato de dispensa desse procedimento e a contratação direta. Destarte, só pode ocorrer, em teoria, durante a vigência da concessão do serviço público, porquanto o que se ambiciona com esse pronunciamento é a sua extinção. Após a extinção, por exemplo, em razão do decurso do prazo, a preocupação não mais subsiste, conquanto ainda seja possível buscar sua extinção com o escopo de apurar a responsabilidade de quem rendeu ensejo à causa de ilegalidade.

Caso a extinção por ilegalidade somente ocorreu durante a vigência da concessão, é fato que os investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados. Em tal situação, cabe ao poder concedente apurar o quanto devido a tal título e adimplir indenização ao concessionário, antes da extinção da concessão de serviço público, caso esse nada tenha feito para que a ilegalidade se instalasse. A indenização, porém, será posterior, caso o concessionário de serviço público contribuiu, de algum modo, para a ocorrência da ilegalidade. Na primeira hipótese, será possível o cabimento de uma indenização com espeque na norma insculpida no §6º do artigo 37 da Constituição Federal. Na segunda, porém, não é devida nenhuma indenização, cabendo, além disso, adimplir os prejuízos eventualmente causados ao poder concedente. Os valores serão deduzidos do montante a ser pago em decorrência dos investimentos vinculados aos bens reversíveis não integralmente amortizados ou depreciados. No que atina aos demais bens, esses continuam na propriedade das partes envolvidas na concessão do serviço público, que darão o destino que seus respectivos interesses afixem.

8.3 Extinção por Ato Conjunto das partes envolvidas na Concessão de Serviço Público

É possível, quando não mais subsistir o interesse de ambas as partes, que o contrato de concessão de serviço público, por ato conjunto, seja extinto. Trata-se, com efeito, de acordo avençado entre a Administração Pública concedente e o concessionário para colocar fim à concessão do serviço público, antes do termo final contido no contrato. Nessa hipótese, “os interesses das partes envolvidas serão resolvidas por consenso. É a extinção da concessão de serviço público, denominada pela Lei federal n. 8.987/95, rescisão”^[57]. Para o acordo, acredita-se que há necessidade de lei autorizadora, que, além da autorização, deverá afixar os limites e as condições para a realização do ajuste. Ao lado disso, compreende-se, como extinção por ato conjunto das partes envolvidas, que a lei responsável por tal hipótese é de iniciativa do Poder Executivo.

8.4 Extinção por Sentença

A parte que considerar violado seu direito pode vindicar em Juízo a extinção da concessão de serviço público. Assim, por meio do emprego da adequada medida judicial, a parte inconformada exporá os fatos, bem como indicará o direito ofendido e promoverá o pedido de extinção da relação jurídica existente e a competente indenização que entenda ser cabível. Com ou sem a resposta da parte *ex adversa*, observados os trâmites processuais pertinentes, chega-se ao fim dessa medida com a prolação da sentença que extingue a relação existente e recompõe os interesses das partes. Com efeito, a recomposição está vinculada à indenização do concessionário de serviço público no que atina aos investimentos concernentes aos bens reversíveis, quando não totalmente amortizados ou depreciados, e à reversão dos bens e equipamentos para a Administração Pública concedente. Diógenes Gasparini vai afirmar que “os demais bens continuarão de propriedade das partes envolvidas na concessão de serviço público, que a eles darão o destino que mais convier aos seus respectivos interesses”^[58]. Além disso, o concessionário ainda fará jus a uma indenização, caso não seja o responsável pela causa que culminou na extinção do contrato de concessão.

É oportuno apontar que tal hipótese não encontra assento na redação do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995^[59], porém é perceptível que tal situação não encontra qualquer obstáculo, em especial se for ajuizada pela Administração Pública, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Já o concessionário do serviço público encontra disposição específica na legislação de regência, eis que o artigo 39 comina que o contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Denota-se, portanto, que tal disposição não conferiu ao concessionário de serviço público qualquer competência para extinguir a concessão de serviço público, autorizando apenas a instauração do processo judicial com essa finalidade. Assim, em decorrência da interpretação do artigo em comento, alcança-se que o concessionário não poderá interromper a execução do contrato de concessão de serviço público até que sobrevenha decisão judicial transitada em julgado.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 07 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 07 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 07 jan. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 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 07 jan. 2017.

[30] GASPARINI, 2012, p. 450.

[31] 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 07 jan. 2017: “Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do

termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”.

[32] GASPARINI, 2012, p. 451.

[33] CARVALHO FILHO, 2011, p. 371.

[34] GASPARINI, 2012, p. 451.

[35] 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 07 jan. 2017: “Art. 35. Extingue-se a concessão por: [omissis] § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários”.

[36] GASPARINI, 2012, p. 452.

[37] 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 07 jan. 2017: “Art. 35. Extingue-se a concessão por: [omissis] § 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis”.

[38] GASPARINI, 2012, p. 453.

[39] GASPARINI, 2012, p. 453.

[40] GASPARINI, 2012, p. 454.

[41] 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 07 jan. 2017.

[42] 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 07 jan. 2017: “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

[43] GASPARINI, 2012, p. 455.

[44] CARVALHO FILHO, 2011, p. 374.

[45] 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 07 jan. 2017: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

[46] GASPARINI, 2012, p. 456.

[47] 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 07 jan. 2017: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes: [omissis] §4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo”.

[48] 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 07 jan. 2017.

[49] Neste sentido: GASPARINI, 2012, p. 457.

[50] 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 07 jan. 2017: “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”.

[51] *Ibid.* “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes: [omissis] § 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa”.

[52] *Ibid.* “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes: [omissis] § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais”.

[53] GASPARINI, 2012, p. 458.

[54] 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 07 jan. 2017: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes: [omissis] § 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo”.

[55] 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 07 jan. 2017.

[56] GASPARINI, 2012, p. 459.

[57] GASPARINI, 2012, p. 460.

[58] GASPARINI, 2012, p. 460.

[59] 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 07 jan. 2017.

DO FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL

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 Formalismo no Processo Civil, no qual será abordado vários pontos importantes no processo, vem tratar sobre o andamento do processo e seu resultado, que os atos do juiz têm influencia na relação processual e como o sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil, Formalismo, Sujeitos Processuais,

1. OS FUNDAMENTOS DO FORMALISMO PROCESSUAL CIVIL

Observa-se que o direito processual civil confundia-se com o direito material, este também perdeu um olhar de conjunto a fase posterior, no que diz respeito ao se desvincular inteiramente do direito material no a de conquistar a autonomia do direito processual. As vertentes políticas, culturais, e axiológicas dos fatores condicionantes e decisivos da estruturação e organização do processo numa palavra do formalismo, isto porque o poder de ordenar, coordenador, não é vazio, já que não há formalismo por formalismo. Assim o formalismo processual é encarado no aspecto do poder estatal, abrangendo a questão dos limites da soberania, já que a organização do processo implica incontestável restrição à atividade do estado nele representado pelo órgão judicial. A teoria moderna do estado pauta-se pela ideia de que o poder do domínio estatal, em face de sua natureza jurídica, submete-se ao direito, com isso constitui um equilíbrio de forças suficiente estável a ponto de torna duradoura organização da coletividade. Temos dois princípios típicos de estado de direito, sendo o princípio da distribuição e os princípios da organização ambos são de tal importância, na qual é tratado sobre a divisão dos poderes. Há um afronto aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos em lei, como vem acontecendo no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, e que grande excesso de recursos contido no sistema jurídico brasileiro representa a desconfiança da sociedade para com os juízes constituindo o aspecto perverso do formalismo excessivo, e atribuir direitos de liberdade na esfera processual significa atender as exigências de um procedimento justo e adequado.

No que diz respeito o valor a justiça esta relacionado com a atuação concreta do direito material, já o valor a segurança sendo a soma de todos os casos submetidos ao poder jurisdicional de determinado estado, no que refere ao valor da paz social insta a que se tente eliminar com presteza o conflito, mediante o emprego de meios reconhecidos idôneos. O direito processual vincula a relação entre o estado e o cidadão no polo de interesse do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto do eventual detentor do poder. É destacado nesse capítulo os princípios processuais, sendo estes considerados antigos, pois devido à passagem da justiça privada para a justiça estatal, dando ensejo que alguma autoridade foi chamada para resolver os conflitos nascidos entre os indivíduos, este sem utilizar a força bruta, para a manutenção da paz social impõe a alheação e indiferença do órgão julgador aos pedidos e objeto da lide. Diante desse fato temos vários princípios como: o direito de defesa, princípio do juiz natural, princípio da publicidade, entre outros são princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico sendo de fundamental importância. No entanto temos a ordem constitucionais que apresenta como grande desaguadouro natural dessas condicionantes, nesta linha de pensamento, reconhece hodiernamente os direitos fundamentais, com isso a constituição passa a influenciar de forma direta posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico- objetivos para a conformação dos tribunais do processo judicial, dentre das garantias constitucionais temos a do devido processo legal assim no art.5 inciso LIV, desta forma pretende abranger qualquer tipo de processo em que haja risco de perda de algum direito. Faz um longo passeio por vários países mostrando os sistemas do formalismo, percebe que o Brasil aderiu ao sistema inglês na medida em que não admite o contencioso-administrativo, o vem sendo observado que no período colonial o direito brasileiro alinhou-se ao a um sistema dúplice com frequente do contencioso administrativo, porem o sistema uno foi introduzido pela constituição da republicana de 1891. Bem como a constituição de 88 no seu art.109 inciso I, vem demonstrar algumas competências. Contudo o nosso sistema brasileiro vem demonstrar que o judiciário brasileiro tem uma área de atuação muito extensa do que a atribuída ao judiciário europeu.

De acordo com Álvaro “O sistema jurídico brasileiro demonstra ausência de qualquer obstáculo ao exame do excesso de poder judiciário, inexistir qualquer

espécie para o emprego de ação constitutiva positiva entre outros...”. (p.103). Diante disso percebe que o cidadão esta mais competente a se defender contra abusos do poder estatais emanados no legislativo, ou executivos, o processo civil brasileiro tem uma maior amplitude em relação a outros sistemas. Porem a espinha dorsal do formalismo é sendo o procedimento já que é imaginável o processo sem determinada de ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os seus sujeitos, sendo o procedimento em uma técnica de que vale ao legislador para atingir os resultados almejados com maior eficácia e segurança, quando em função da lei o procedimento está articulado de tal forma, que rege o princípio da sequência legal, porem a lei não dispõe a respeito rege o princípio da sequencia discricionária. Desta forma procedimento implica a de sequencia legal de atos a ser observados pelo juiz e pelas partes. Ainda no procedimento temos um elemento importante sendo a regulação temporal e formal do procedimento o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Ao formalismo do direito processual civil refleti sobre a necessidade da criação de uma justiça de caráter especial, sendo informalizada na medida do possível, mas preocupada com as garantias fundamentais do cidadão estaria mais aberta aos juízos de equidade, ao sentimento.

2. O FORMALISMO E OS SUJEITOS PROCESSUAIS.

Observa-se que os atos do juiz têm influencia da relação processual, visto como determinam o conteúdo da decisão final e desse modo interferem na esfera jurídica do outrem. O juiz vincula-se estreitamente à natureza e a função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. No entanto ao tratar do processo, é facultativo cedido aos litigantes de pronunciar e interferir ativamente no processo, sujeita-se passivamente ao sentido jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. Segundo Oliveira “O tratamento da parte como simples objeto, de pronunciamento judicial garantindo seu direito de atuar de modo critico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado” (p.140). Desta forma observa-se que a matéria vincula-se ao respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, contraindo no âmbito processual. No entanto o direito Brasileiro é mais rígido em relação à citação é defeso ao autor, modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, expõe o art.264, CPC. Quanto ao juiz, no órgão judicial com ou sem prova, não se pode eximir ao dever de julgar, e que em alguns

ordenamentos discute a questão da tipicidade ou a liberdade do juiz na constituição da prova. No entanto o sistema jurídico Brasileiro não se restringe os meios de prova, em face da norma de abertura contida no art.332 do CPC. Outro ponto importante do formalismo, a passagem do sistema da prova legal doutrinaria para a codificada.

E do ponto histórico que no processo ateniense a lei era equiparada a um instrumento de prova, devendo ser ignorada se não provada. Quanto à atividade do juiz referir-se na relação do processo com o direito material, Segundo oliveira “pois a correta e adequada realização deste ultimo poderia ser colocada em risco pelo informal exercício do poder judicial e estatal” (p.168). Assim, a atividade do juiz é de tal importância. Contudo o princípio da preclusão que a atividade do procedimento em fases, traz algumas exigências na fase processual.

3. CONCLUSÃO

A obra é muito interessante, pois trata de vários pontos importantes no processo, vem tratar sobre o andamento do processo e seu resultado, que os atos do juiz têm influencia na relação processual e como o sistema jurídico brasileiro sendo rígido em relação à citação. Sendo imprescindível a leitura dessa obra para obter um conhecimento abrangente sobre o processo.

REFERENCIA

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro: Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 1997.



www.conteudojuridico.com.br



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO ARAGUAIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

CARLOS YVANHOE BRAGA MOURA

**ESTUDO SOBRE A HIPÓTESE DE CONSTITUIÇÃO DE
COOPERATIVA DE TRABALHO PARA OS PROFISSIONAIS DO
SEXO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL**

BARRA DO GARÇAS

2017



www.conteudojuridico.com.br

CARLOS YVANHOE BRAGA MOURA

**ESTUDO SOBRE A HIPÓTESE DE CONSTITUIÇÃO DE
COOPERATIVA DE TRABALHO PARA OS PROFISSIONAIS DO
SEXO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL**

Trabalho de Curso apresentado
ao Curso de Direito/ICHS/CUA,
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientação: Prof. Me. Leandro Cioffi

BARRA DO GARÇAS

2017



www.conteudojuridico.com.br

CARLOS YVANHOE BRAGA MOURA

**ESTUDO SOBRE A HIPÓTESE DE CONSTITUIÇÃO DE
COOPERATIVA DE TRABALHO PARA OS PROFISSIONAIS DO
SEXO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL**

Trabalho de Curso apresentado ao curso de
Direito do ICHS/CUA, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

_____ em ____/____/_____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Leandro Cioffi
Orientador

Avaliador 1

Avaliador 2



www.conteudojuridico.com.br

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à todas pessoas que por falta de oportunidade se encontram marginalizadas....

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento é a Deus que mesmo quando estava a vias de desistir me guiou para vitória, sabendo que vem dele toda positividade que nos impede de parar.

Agradecer também à pessoa mais importante da minha vida, minha mãe Marta Valeria Cardoso Braga, que hoje não pode ver minhas conquistas, mas que foi incansável em minha criação, incansável em minha educação, dona do maior coração que já vi e que tinha a maior devoção por seus filhos, mulher guerreira que fez o possível e o impossível por mim, do céu sei que ela ainda me guia e me guarda, pois quando durmo ainda sinto seu cheiro, ainda consigo ouvir sua voz, sinto que acaricia meu rosto, sei que se tornou o mais lindo anjo da guarda, e que esta plena de felicidade por cada passo que dou em rumo de um futuro melhor.

Tenho que agradecer também à minha irmã que sempre esteve ao meu lado que dedica a mim o amor mais puro, sendo que, mesmo mais nova, é meu exemplo, saiba que sem você não estaria de pé e não teria forças para continuar essa jornada chamada de vida.

Tenho que agradecer também à minha esposa Silveria Costa que foi uma dádiva em minha vida, que me tolera, e me ama de uma maneira incondicional, sem ela também não seria possível a conclusão deste trabalho.

Agradeço também ao Prof. Me. Leandro Cioffi pela orientação na produção desta monografia.

E a todos os meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, que me apoiaram nas horas mais difíceis, principalmente meu grande amigo Clever Neto que é mais que um amigo sendo um irmão de coração.



www.conteudojuridico.com.br

“As condições precárias, e por vezes insalubres, em que desenvolvem a atividade prostitucional, demonstram que as condições de vida e de pobreza determinam à inserção e permanência de muitas mulheres nessa atividade [...]”. (DINIZ, 2009, p. 96)

RESUMO

O presente estudo monográfico faz uma análise sobre a hipótese de constituição de cooperativa de trabalho para os profissionais do sexo, visando integrar essas pessoas na sociedade. O trabalho busca uma alternativa jurídica preexistente para atenuar os problemas sociais derivados da prostituição. Para tal, inicia-se trazendo o conceito de prostituição e os sistemas jurídicos, políticos, sociais relacionados ao tema com objetivo de demonstrar a situação em que essas pessoas se encontram em nossa sociedade. Doravante são analisadas as normas penais que circundam a prostituição demonstrando como elas atingem diretamente a vida do profissional do sexo. O trabalho traz aspectos previdenciários com o objetivo de demonstrar a importância social da previdência na vida dessas pessoas. São abordados os sistemas de cooperativas segundo as leis vigentes, e qual o melhor sistema se enquadra para o profissional do sexo levando em conta os princípios constitucionais as normas civis, sem desconsiderar as limitações impostas pelo Código Penal. Para ser construído tal raciocínio utilizou do método dedutivo através de pesquisa bibliográfica. As apreciações feitas em todo material deste estudo levam a exteriorização do grave problema social existente, e que o Estado deve buscar meios de solucioná-los, sendo que as cooperativas de trabalho seriam uma hipótese plausível de adaptação para fins de amortização do problema social enfrentado pelo profissional do sexo.

PALAVRAS-CHAVE: Prostituição; Direitos humanos; Inclusão social.

ABSTRACT

The present monographic study makes an analysis about the hypothesis of the creation of a cooperative of work for the sex workers, aiming to integrate these people in the society. The work seeks a preexisting legal alternative to alleviate the social problems derived from prostitution. To do so, it begins by bringing the concept of prostitution and the legal, political, and social systems related to the subject in order to demonstrate the situation in which these people are in our society. From now on, the criminal rules surrounding prostitution are analyzed, demonstrating how they directly affect the life of the sex worker. The work brings social security aspects with the purpose of demonstrating the social importance of social security in the life of these people. Cooperative systems are approached according to prevailing laws, and the best system fits the sex worker taking into account the constitutional principles of civil norms, without overlooking the limitations imposed by the Penal Code. To be constructed such reasoning used the deductive method through bibliographic research. The assessments made in all material of this study lead to the externalization of the serious social problem that exists, and that the State must seek ways to solve them, and that labor cooperatives would be a plausible hypothesis of adaptation for the purpose of amortization of the social problem faced by Professional relationship.

KEY WORDS: Prostitution; Human rights; Social inclusion.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CC	Código Civil
CD	Câmara do Deputados
Cód.	Código
CF	Constituição Federal
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
Nº	Número
p.	Página
PRONACOOP	Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PV	Partido Verde
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CENÁRIO JURÍDICO, SOCIAL E POLITICO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL	12
1.1 Aspectos gerais da prostituição	12
1.2 Sistemas jurídicos.....	14
1.3 Aspectos sociais e políticos	18
1.4 Projetos de leis em destaque	23
2 ASPECTOS PENAIS E PREVIDENCIÁRIOS A RESPEITO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL.....	29
2.1 Aspectos penais	29
2.2 Aspectos previdenciários.....	41
3 PROFISSIONAIS DO SEXO NA HIPÓTESE DE CRIAÇÃO DE COOPERATIVA	47
3.1 Aspectos constitucionais	48
3.1.1 O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.....	49
3.1.2 O princípio fundamental dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ...	51
3.1.3 Os objetivos fundamentais da república.....	53
3.1.4 O princípio da igualdade.....	54
3.1.5 A liberdade de trabalho, ofício ou profissão	55
3.1.6 A liberdade de associação e de criação de cooperativas.....	56
3.2 Sociedade cooperativa	57
3.3 Cooperativa de trabalho e sua hipótese para os profissionais do sexo	61
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propôs um estudo sobre os aspectos sociais e jurídicos relacionados aos profissionais do sexo e os problemas sociais enfrentados por essas pessoas, deslumbrando a hipótese de constituição de cooperativa de trabalho de serviço como um instrumento de viabilização da inclusão social.

Este estudo traz a concepção de prostituição na sociedade atual, não apenas de maneira léxica mais no contexto cultural, decorrendo sobre a própria sexualidade humana.

A pesquisa aborda a questão do valor e do preço da prostituição, relatando que grande parte das pessoas envolvidas com a prostituição a utilizam como meio de subsistência sendo um trabalho efêmero do qual tem vontade de deixar, o trabalho enfatiza a necessidade de inclusão social das pessoas que vivem da prostituição.

Esta monografia demonstra a atual conjuntura jurídica e política que envolve a prostituição no Brasil, evidenciando a necessidade de amparo do Estado a estas pessoas que vivem à margem da sociedade. O intuito desse trabalho é amortecer um problema social demonstrando a hipótese de constituição de cooperativa de trabalho para os profissionais do sexo.

O presente estudo foi realizado através de método dedutivo que segundo Marconi e Lakatos significa o “[p]rocesso pelo qual, com base em enunciados ou premissas, se chega a uma conclusão necessária, em virtude da correta aplicação de regras lógicas.” (MARCONI; LAKATOS, 2011, p. 256).

Quanto ao seu procedimento, a pesquisa utilizada foi a bibliográfica, que no entender de Antônio Carlos Gil é aquela “[...] elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos” (GIL, 2010, p. 29).

O método dedutivo com pesquisa bibliográfica, possibilitou a obtenção de informações que ajudaram no entendimento dos princípios e normas relacionadas a hipótese de constituição de cooperativa de trabalho de serviço para os profissionais do sexo.

Deste modo, o primeiro capítulo traz o cenário Jurídico, social e político da prostituição no Brasil, trazendo o conceito de prostituição como fenômeno social, cultural, e como uma problemática a ser resolvida pelo Estado.

São expostos os principais sistemas jurídicos de enquadramento da prostituição ao redor do mundo e como estes sistemas gerem a prestação de serviços sexuais e o sistema que rege o Brasil. Há análises também de projetos de Lei relacionados a solucionar o problema social dos profissionais do sexo, os projetos de lei abordados buscam regulamentar a profissão visando ampliar os direitos das pessoas que vivem da própria prostituição.

O segundo capítulo inicia evidenciando sobre a licitude da prostituição no Brasil e a abordagem dos crimes relacionados à prostituição, sendo trabalhados os artigos 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro, visando demonstrar a sua função prática e social. Ainda no segundo capítulo são abordados os aspectos previdenciários relacionados a prostituição, ressaltando que a adesão da prostituição na previdência social não visando incentivá-la e sim de integração social das pessoas que exercem essa atividade, concedendo aos profissionais do sexo direitos fundamentais sociais básicos.

O terceiro capítulo analisa a hipótese de constituição de sociedade cooperativa de trabalho para os profissionais do sexo, abordando princípios constitucionais, analisando na Constituição Federal e as Leis de cooperativas, o conceito de cooperativa, suas formas, e aspectos relacionados para a conjuntura para o profissional do sexo. Este capítulo também demonstra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio fundamental dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o princípio da igualdade, da liberdade de trabalho e da liberdade de associação e de criação de cooperativas. Demonstrando também a correlação com os profissionais do sexo.

O capítulo três aborda os sistemas de associações cooperativas no Brasil, dando seu conceito e suas formas, direcionando para a melhor concepção de cooperativa para os profissionais do sexo, qual seja a cooperativa de trabalho de serviço. São apresentadas as normas da cooperativa de trabalho de serviço e como sua estrutura em face dos crimes estabelecidos pelo Código Penal brasileiro a respeito da prostituição, buscando demonstrar se existe a hipótese real da constituição de cooperativa de trabalho para os profissionais do sexo.

1 O CENÁRIO JURÍDICO, SOCIAL E POLÍTICO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL

1.1 Aspectos gerais da prostituição

Lexicamente, a palavra prostituição apresenta os seguintes significados: “[...]Ato ou efeito de prostituir (-se). [...] Comércio sexual profissional. [...] Modo de vida próprio de quem se prostitui.” (FERREIRA, 2010, p. 618)

A análise puramente léxica da prostituição não delimita seus conceitos, pois nota-se que neles é possível encontrar há variações de suas compreensões, como por exemplo a seguinte afirmação de Rodrigo Alves Moreira (2007, p. 25): “[t]ambém poderíamos definir prostituição como venda de relações sexuais extramatrimoniais, com vista à obtenção de géneros materiais.”

Para melhor entendimento do conceito da prostituição se faz imperioso trazer o fato de que a sexualidade humana é uma manifestação social, segundo a seguinte afirmação de Manuel Carlos Silva, Helena Machado e Susana Silva (2002, p. 185):

A essencialização [sic] naturalizada da sexualidade e outros fenómenos com ela relacionados viriam a ser desconstruídos por sociólogos, antropólogos, historiadores e outros cientistas sociais, que começaram a encarar a sexualidade não apenas como um atributo ou propriedade de ordem biogenética ou psíquica, mas como um «produto social» [...].

Os referidos autores trazem também a associação da sexualidade com a cultura, reafirmando o fato de que as relações sexuais são relações sociais:

De acordo com as abordagens mais recentes no seio das ciências sociais e humanas, a sexualidade engloba um conjunto de possibilidades biológicas e mentais (identidade de género, diferenças corporais, capacidades reprodutivas, necessidades, desejos e fantasias), mas que não necessitam estar todas associadas e, de facto, em certas culturas não o estão. Por isso, contrariamente a uma abordagem fixista, determinista e reducionista de cariz ora biogenético ora psíquico, entendemos aqui que a sexualidade comporta várias dimensões que fazem de qualquer relação sexual uma relação social que, como qualquer outra, é socialmente condicionada, estruturada e construída em diversos patamares: sócio-estrutural, organizacional e interaccional. (SILVA; MACHADO; SILVA, 2002, p.186-187).

A concepção de “troca” é uma característica do fenômeno social prostituição, onde a mercantilização do corpo envolve mais que uma transação econômica, Gláucia Russo possui o seguinte parecer de sua compreensão da prostituição:

[...] compreendo a prostituição como uma forma de troca econômica e sexual que ultrapassa a si mesma. Nela, uma sociabilidade específica é construída; identidades são erigidas; constroem-se relações perpassadas não apenas por valores econômicos, mas também pela afetividade, pelo encontro com o outro, pelo rompimento com a solidão corporal e ainda com a solidão típica da metrópole, em que, mesmo com o outro, se está só. (RUSSO, 2007, p. 499)

Essa troca econômica e sexual elencada por Gláucia Russo resulta na ideia de valor e preço, sobre a definição de valor, tendo a seguinte concepção:

A definição de valor está no cerne das relações de prostituição, pois nela ocorre uma troca, que só é possível porque diferentes valores estão em jogo. No âmbito da mercantilização que tem lugar na prostituição, trocam-se valores diferenciados: sexo por dinheiro, satisfação sexual por liberdade de ter o que se quer, dentre outros. O corpo e o prazer por ele prometido são transformados em mercadorias. (RUSSO, 2007, p. 498-499)

Pode-se compreender no sentido de que, segundo a referida autora, a emblemática do valor adquire contexto mercantil dentro da prostituição, discorrendo que o dinheiro pago nesta troca é medido da relação oferecida conforme a seguir:

[...] o valor é um dos componentes das relações de prostituição e, assim como o dinheiro adquire valor na troca, os objetos ou serviços que ele mede também são valorados dentro dela, e isso ocorre também com a prostituição. Se assim o é, se a mercantilização torna um produto valioso, é na troca que tem lugar nas relações de prostituição que o serviço oferecido pelas mulheres torna-se um valor. (RUSSO, 2007, p. 503)

A concepção de valor da prostituição como um fenômeno social influi na determinação do preço do programa, como descrito pela referida autora:

O preço conseguido com o programa configura-se como uma representação econômica de um valor que abarca os dois lados da mesma moeda – o qualitativo e o quantitativo –, de forma a remeter a uma série de elementos que só podem ser compreendidos nas relações sociais em que se inserem. (RUSSO, 2007, p. 503)

Demonstrado o aspecto de troca da prostituição e evidenciado a questão de valor e preço como algo social se faz necessário abordar outro aspecto do complexo conceito da prostituição que é o do uso da prostituição como meio de subsistência.

Maria Ilidiana Diniz leva a entender no sentido de a prostituição ser uma condição efêmera por grande parte das pessoas que a praticam, sendo apenas um meio de subsistência, e que a camada social influi diretamente na permanência dessas pessoas no mundo da prostituição segundo a seguinte afirmação:

Para grande parte das prostitutas, a prostituição ainda é considerada como algo transitório, apenas para garantir a subsistência. Vale ressaltar que para aquelas oriundas de camadas sociais mais baixas, as perspectivas de mudança de atividade torna-se mais difícil em virtude do contexto da crise de capital, da reestruturação produtiva e do emprego estrutural. Desse modo, a profissão deixa de ser uma opção individual, para se estabelecer enquanto alternativa na busca da sobrevivência. (DINIZ, 2009, p. 90)

A referida autora destaca também a necessidade da inserção social dessas pessoas, pois a questão econômica social acaba por fomentar a prostituição:

As condições precárias, e por vezes insalubres, em que desenvolvem a atividade prostitucional, demonstram que as condições de vida e de pobreza determinam à inserção e permanência de muitas mulheres nessa atividade. Desse modo, tal segmento se encontra nos exemplos mais precários de inserção social, marginalizadas, sem acesso a condições dignas de moradia, higiene, alimentação, serviços de saúde, escolaridade, entre outras. (DINIZ, 2009, p. 96)

Fica evidenciado que o conceito de prostituição é amplo e variável determinado socialmente e culturalmente, porém consiste na troca de um serviço sexual por determinado benefício.

Com isso, é possível seguir uma linha de compreensão no sentido de que a prostituição é um fenômeno social complexo diretamente ligado a questões socioeconômicas, sendo a pobreza e a necessidade financeira o maior fomentador da prostituição.

1.2 Sistemas jurídicos

A prostituição, enquanto atividade profissional regulamentada é matéria de estudo de ampla relevância jurídica, mesmo não sendo satisfatoriamente amparada pelo direito positivo pátrio, haja vista a sua integração social e histórica. No contexto mundial configuram-se três sistemas político-jurídicos de enquadramento da prostituição.

Antes de debater sobre o problema social dos profissionais do sexo deve-se analisar o objetivo e os sistemas jurídicos utilizados ao redor do mundo acerca da prostituição, e enquadrar o Brasil no devido preceito.

Como dito, verifica-se a existência de três principais sistemas jurídicos de enquadramento da prostituição, quais sejam o sistema proibicionista, o abolicionista e o regulador.

Passa-se a analisar primeiro o sistema jurídico proibicionista, que tem como metodologia a de coagir qualquer nuance da prestação de serviços sexuais, o qual Manuela Tavares evidência que o intuito do sistema é erradicar a prostituição:

O sistema proibicionista considera a prostituição um crime a erradicar e, deste modo, condena todos os elementos envolvidos: prostituta, proxeneta e cliente. Existe nos EUA, na China, em Malta, na Eslovênia e em outros países do Leste Europeu. São os sectores mais conservadores e puritanos da sociedade que defendem este modelo. Esta proibição não elimina a prostituição, antes favorece a sua clandestinidade. (TAVARES, 2006, p. 3, grifo do autor).

Baldner relata a visão praticada no sistema jurídico proibicionista:

[...] Proibicionismo: Por esta visão, é ilegal prostituir-se, ou seja, o Estado decide o que a pessoa pode ou não fazer com seu corpo. É percebido como de difícil aplicação em certos casos, uma vez que um presente após uma noite de sexo pode ser entendido como pagamento pelo serviço sexual. Tanto a prostituta quanto o dono de casa de prostituição e até o cliente são puníveis pela lei. É adotado por pouquíssimos países, mas, como é o sistema vigente nos Estados Unidos, é muito conhecido. (BALDNER, 2011, p. 31-32).

Devido a rigidez do sistema proibicionista poucos países o seguem, pois, segundo afirma Mario Bezerra da Silva, ele demonstra que o fato do sistema ser tão reconhecido se dá pela influencia Norte Americana que é signatária de tal sistema:

O Proibicionismo é adotado por pouquíssimos países, mas, como é o sistema vigente nos Estados Unidos, com sua poderosa indústria cultural, é muito conhecido. Quem nunca viu em filmes, por exemplo, prostitutas sendo levadas presas? Por esta visão, é ilegal prostituir-se, ou seja, o Estado decide o que a pessoa pode ou não fazer com seu corpo. É de difícil aplicação em certos casos. Um presente após uma noite de sexo pode ser entendido como pagamento pelo serviço sexual. Tanto a prostituta quanto o dono de casa de prostituição e até cliente são puníveis pela lei. (SILVA, 2008, online)

Partindo para o sistema regulador, tal sistema possui como intuito regulamentar a profissão, porém demanda exigências para a prestação do serviço, segundo explica Baldner ao expor o seguinte conceito sobre o sistema jurídico regulador:

Regulamentarismo: Nesse sistema a profissão é reconhecida e regulamentada, conseqüentemente, para as profissionais, há vantagens e desvantagens. Este é um sistema mais conservador e há exigências para que se exerça a prostituição, como a de que a mulher se submeta a exames periódicos, o que não é exigido para outras profissões ou a de que só exerça a atividade em locais determinados. Entre as vantagens, há a possibilidade de ter um contrato de trabalho, seguridade social, inclusive aposentadoria, garantias legais e outros. (BALDNER, 2011, p. 31).

Ademais, nesse sentido, de acordo com Silva (2008, online), “[o] Brasil já foi Regulamentarista e as prostitutas eram fichadas pelas delegacias. ”

Tavares traz ainda em sua contextualização do sistema a questão social levado em conta pelos países signatários:

O sistema regulador ou regulamentarismo, na sua versão mais tradicional, considera a prostituição como um fenômeno social não erradicável e, como tal, é preciso limitar os danos que pode causar na sociedade, regulamentando. Deste modo, desde que se cumpram as regras estabelecidas pelo Estado, não existe penalização da prostituta, que é encarada como uma prestadora de serviços, do cliente, que é considerado um consumidor e, ainda, de quem faz desta actividade [sic] um negócio. (TAVARES, 2006, p. 3, grifo do autor).

A obra de Tavares aborda um novo sistema que vem emergindo dentro do próprio sistema regulador, que deriva de um pensamento contemporâneo de inclusão social, tratando o prestador sexual de maneira mais humana:

Uma visão mais moderna deste sistema procura que as mulheres que vivem da prostituição possam ter um enquadramento legal, conferindo-lhes direitos e deveres associados a essa actividade [sic]: acesso aos sistemas públicos de saúde, segurança social, associação, cobrança de impostos. Países como a Alemanha e a Holanda têm vindo a aplicar este modelo. (TAVARES, 2006, p. 4).

Esta vertente do sistema jurídico regulador busca a descriminalização do prestador de serviços sexuais e dos agentes, porém não tira do Estado o dever de coibir a prostituição que existir de maneira forçada ou errônea, como fica explicitado na obra de Manoela Tavares:

Contudo, existe uma variante neste modelo, orientada para uma menor estigmatização [sic] de quem vive desta actividade [sic]. Fala-se, então, de **descriminalização**. A prestação de serviços sexuais não deveria ter uma regulamentação especial, mas serem aplicados os direitos laborais iguais aos de outros trabalhadores às pessoas que vivem desta actividade [sic]. Desta forma, descriminalizam-se também todos os agentes envolvidos, sendo que o Estado deveria acentuar o combate ao tráfico e à exploração do que se designa por “prostituição forçada”. (TAVARES, 2006, p. 4, grifo do autor).

Por fim há também o sistema jurídico abolicionista, sobre o qual Baldner tem o seguinte conceito:

[...] Abolicionismo: Adotado pela maioria dos países, como por exemplo, o Brasil. Nesse sistema, a prostituta é entendida como vítima e só exerce a atividade por coação de um terceiro, o “explorador” ou “agenciador”, que receberia parte dos lucros obtidos pela profissional do sexo, o que, segundo estudiosos do direito, facilita a corrupção. Na legislação abolicionista quem está na ilegalidade é o empresário ou o patrão, mas não há qualquer relação quanto a proibição da prostituta ou algum cliente negociar sexo diretamente com ela. O Brasil adota esse sistema desde 1942, quando entrou o Código Penal em vigor, em reforma há mais de nove anos, e é nessa legislação que o PL 98/2003 pretende oferecer alterações, tanto para a prostituta no exercício da profissão quanto para o empresário que sai da criminalidade e legaliza o negócio. (BALDNER, 2011, p. 31).

Como citado o Brasil encontra-se no sistema abolicionista e ao longo dos anos vem se demonstrando incongruente e até omissivo ao tratar do tema prostituição, o que só majora problemas sociais.

O posicionamento Abolicionista trata o tema de maneira inacabada o que acarreta na vitimização do trabalhador sexual, porém traduz como anormal e socialmente incorreto o labor, o que acaba marginalizando o indivíduo, essa disparidade é descrita na obra de Melissa Farley, psicóloga clínica e pesquisadora da área:

Os defensores da descriminalização argumentam que a saúde das pessoas em prostituição será melhorada com a descriminalização, pois caso contrário às mulheres não teriam acesso aos cuidados de médicos. Supõe-se que as mulheres vão procurar cuidados de saúde, logo que o estigma da prisão é removido da prostituição. Se o estigma é removido, os defensores argumentam, as mulheres vão, em seguida, apresentar uma queixa sempre que elas forem abusadas, estupradas, ou agredidas na prostituição. Eles assumem que a queixa será seguida com uma resposta policial que trará a as mulheres na prostituição com dignidade e como cidadãos comuns. Infelizmente, os trabalhadores da saúde e da polícia também muitas vezes compartilham o mesmo desprezo para com aqueles em prostituição do que os outros fazem. (FARLEY, 2004, p. 1093, tradução nossa)¹

¹ Texto no idioma original: “*Advocates of decriminalization argue that the health of those in prostitution will be improved by decriminalization because otherwise women will not have access to health care. It is assumed that women will seek health care as soon as the stigma of arrest is removed from prostitution. If the stigma is removed, advocates argue, women will then file a complaint whenever they are abused, raped, or assaulted in prostitution. They assume that the complaint will be followed with a police response that treats women in prostitution with dignity and as ordinary citizens. Unfortunately, health care workers and police too often share the same contempt toward those in prostitution that others do.*” (FARLEY, 2004, p. 1093).

Daniele do Carmo Baldner traz à tona a problemática dos paradigmas abarcados no tema e como eles promovem o retardamento da resolução do tema:

A questão da regulamentação da profissão do sexo, sempre exercida de maneira informal e marginalizada, causa profunda polêmica, uma vez que vem de encontro a fortes paradigmas enraizados na sociedade, que construiu a imagem da prostituta degenerada nata e da mulher honesta, perpassando profundas e subjetivas questões a cerca da configuração da família, do trabalho, da mulher e de seu papel como mantenedora primária da sociedade. Além dessas questões, pode-se falar ainda em tantas outras questões impostas pela Igreja, chegando até mesmo a índices preocupantes na administração pública sobre o tráfico de pessoas no território nacional [...] (BALDNER, 2011, p. 17-18).

Analisados os sistemas jurídicos ao redor do mundo, nota-se que mesmo os países desenvolvidos são incapazes de uma resolução definitiva para os impasses enfrentados pelo prestador de serviços sexuais.

Fica evidente a necessidade de um aprimoramento desses sistemas jurídicos de enquadramento da prostituição, pois são imprescindíveis os aperfeiçoamentos que incluam este prestador de serviços sexuais na sociedade sem criminalizá-los e marginalizá-los.

Findo com a ideia da necessidade da expansão do sistema regulamentarista, onde o prestador de serviços sexuais seja tratado com os mesmos direitos de um trabalhador de outra área qualquer, e que não seja exposto a danos físicos e psicológicos por opressão social ou do próprio Estado.

1.3 Aspectos sociais e políticos

Fica evidente que ao abordar o tema da prostituição, o objeto de estudo não se desenvolve de maneira racionalizada, pois ele traz consigo premissas morais e sociais históricas, e Baldner traz a seguinte consideração sobre o assunto:

A sociedade percebe como perigo mortal qualquer movimento contrário que ataque a sua própria realidade social histórica e, quando se traz tal debate à esfera da sexualidade e a ligamos a um passado social histórico composto por repressões que se tornaram menos densas a partir da emancipação feminina e da revolução sexual, podemos começar a elucidar questões sobre o que é considerado anormal e patológico, pois dentro do imaginário se constituiu a impossibilidade de questionamento e transgressão da ordem sócio-cultural [sic] pré-estabelecida.

Questões como o incesto, a virgindade, a masturbação, a homossexualidade, a pedofilia, o pansexualismo, a zoofilia, a

prostituição dentre tantos outros tabus, foram estabelecidos dentro do imaginário social como sinônimo de pecado ou de anormalidade, criando representações solidificadas pela sociedade que estabeleceram estereótipos [sic], determinantes de uma preocupação moral e religiosa capaz de restringir e pré-conceituar [sic] quaisquer indivíduos que percorram tal fronteira. (BALDNER, 2011, p. 42-43).

Moura descreve a formação do comportamento social em relação a assuntos referentes a sexo, demonstrando que existe um convencionalismo sobre o tema:

O discurso sobre o sexo é um dos modelos de controle e disciplina do sexo e estes podem ser observados recriando os modelos de repressão da sexualidade de épocas antigas, nas quais se impunha que desde a mais tenra idade o sujeito passasse por instituições nas quais tem sua conduta formada dentro de sua sexualidade. Por isso mesmo é que o sexo tem uma disposição toda especial de ser tratado, uma maneira toda própria de ser inserido no discurso (MOURA, 2013, p. 54).

Conseqüentemente a sociedade impõe ao sujeito de maneira coercitiva o que é tolerável o que é correto interligando a sua sexualidade com sua posição social, sendo que a sexualidade de um sujeito acaba por impor seu status social, influenciando assim diretamente na política, como discorre João Carlos da Cunha Moura:

É a sexualidade que denota o local do sujeito e do seu corpo na sociedade. Assim, os direitos os quais se quer perceber para si são modelos de atos e fatos jurídicos relacionados e determinados pela sua posição sexual na vida política. Nas democracias de modelo burguês há preterimento do público pelo privado e toda liberdade ou liberalidade é sempre politicamente decidida. À vista disso, o corpo como sujeito da política é definido pela sexualidade. (MOURA, 2013, p. 56)

Adriana Piscitelli em sua obra demonstra outro problema existente a respeito do tema qual seja a inconsistência que era existente nos estudos praticados ao analisar seriamente os problemas referentes ao trabalho sexual em nosso país:

[...] nos estudos antropológicos sobre prostituição realizados no Brasil existia uma reticência em conceder destaque às dimensões de violência presentes na vida das/os trabalhadoras sexuais. Um dos motivos talvez tenha sido o esforço por distanciar-se das leituras sobre prostituição que a percebem como inerentemente violenta. (PISCITELLI, 2014, online).

João Carlos da Cunha Moura especifica ainda a falta de profundidade existente no mundo jurídico sobre o tema:

São poucos os autores de manuais jurídicos que se debruçam sobre os temas da prostituição e analisam apenas os artigos referentes à

atividade (cujos dispositivos sofreram recente alteração em suas redações) de forma objetiva, sem aprofundar as condutas subjetivas, dos sujeitos ativos e passivos, voltando ao velho positivismo de que premissas maiores e premissas menores resultariam na cominação de determinada pena. (MOURA, 2013, p. 83)

Moura faz ainda alusão ao problema da incoerência das normas jurídicas existentes no país:

O discurso de proteção das pessoas perante um mundo perigoso abre uma espécie de preleção para todas as formas de repressão contra o que determinados seguimentos da sociedade consideram imoral e inaceitável. É este “pânico moral” que enseja maneiras de pensar e de se lutar contra o crime, no qual os direitos das pessoas que seriam protegidas pela norma, são reprimidos. Por tal característica, os crimes que se ligam à prostituição, por exemplo, não são aparelhos de proteção da prostituta, antes são instrumentos de repressão da própria prostituição. (MOURA, 2013, p. 85)

Este estereótipo fomentado pela sociedade para com o profissional do sexo aumenta exponencialmente a violência sofrida por estes trabalhadores, o que Romeu Gomes em, em seu artigo, destaca a ingenuidade da sociedade em perceber o real alcance da violência sofrida:

Em nossa sociedade atual, a violência é fato visto e sentido. Apesar dos inúmeros estudos sobre o assunto, alguns equívocos ainda estão presentes no cotidiano social. Em geral, estes equívocos surgem a partir de uma atitude reducionista frente à questão da violência. Um dos exemplos que limitam a compreensão desta questão se refere ao fato de muitos situarem-na apenas no campo do crime. Sabemos que os crimes, enquanto delitos cometidos contra a lei, concretamente revelam a existência da violência, uma vez que podem comprometer a vida de pessoas e de grupos, mas também sabemos que por detrás dos crimes estão presentes outros níveis de violência que necessariamente não se articulam diretamente com os crimes e que nem sempre são percebidos como violência. (GOMES, 1994, p. 156)

Gomes também promoveu uma investigação de natureza qualitativa, voltada para diagnóstico institucional sobre a concepção e a atuação frente à prostituição infantil feminina, que lhe concedeu a seguinte conclusão:

[...] o fato de viver nas ruas já implica negação de condições mínimas que assegurem uma qualidade de vida adequada. Por outro lado, além de comprometer a vida, o viver nas ruas pode ter como consequência [sic] o pior: a morte. Assim, o sistema estruturalmente violento, além de não permitir o acesso de pessoas aos padrões adequados à vida, decreta a morte dessas pessoas previamente excluídas.

Concluimos, ainda, que as marcas decorrentes dessas situações aparecem, nos relatos, como agravos no campo da saúde mental,

evidenciados por profundos comprometimentos emocionais, inseguranças, medo e baixa autoestima, que podem se caracterizar como comportamentos paralisantes num processo de recuperação da cidadania das meninas. (GOMES, 1994, p. 166).

E notável que a postura social influencia jurídica e politicamente na situação fática do prestador de serviços sexuais, tanto que o tema se transformou em um tabu legislativo, uma vez que não se vislumbra uma ponderação de uma resolução concreta para o problema, mesmo que alguns políticos já buscaram arguir leis para regularizar a situação. Apesar de hoje em dia ter-se acesso a muita informação e que a tendência é a de se abordar tabus com menos preconceitos, a prostituição ainda sofre com a opressão social e política nacional, que resulta na marginalização dos prestadores de serviços sexuais. O preconceito disfarçado contra o trabalhador sexual é enraizado na sociedade o que afeta o discernimento dos políticos para o assunto, tornando a vida dos trabalhadores sexuais um martírio, os colocando em situações subumanas.

Quando se relata no presente estudo o fato do preconceito ser disfarçado refere-se à discordância de dados e informações sobre o tema, uma vez que, por exemplo, a pornografia e os produtos eróticos geram grandes rendimentos financeiros, em contra censo aumentam os casos de agressões contra trabalhadores sexuais devido a falta de regulamentação jurídica adequada e satisfatória para esta espécie de ocupação.

Em pesquisa veiculada pelo programa Profissão Repórter em maio de 2016 constatou-se que “a indústria de artigos pornográficos movimenta R\$400 bilhões ao ano” (PROFISSÃO REPÓRTER, 2016, online). A reportagem alude ainda à proporção de acessos a conteúdo pornográfico na internet sendo que “Cerca de 30% de todo conteúdo acessado na internet é pornográfico. Um dos maiores sites de sexo virtual do Brasil recebe 50 mil acessos ao dia.” (PROFISSÃO REPÓRTER, 2016, online).

Visto esse crescente número de busca deste tipo de serviços é inconcebível que o preconceito invalide a necessidade de regulamentação, visto que as mesmas mídias veiculam constantemente casos de violências contra prestadores de serviços sexuais:

Polícia acha prostituta agredida por quinteto

Rio – A polícia localizou uma prostituta que também acusa de agressão os rapazes presos pelo espancamento da doméstica Sirlei

Dias, de 32 anos, na madrugada de sábado. A moça, identificada como Ângela, já prestou depoimento e contou que foi atacada no mesmo dia, num ponto de ônibus anterior ao que Sirlei estava. O grupo de jovens de classe média também é acusado de agredir um rapaz num posto de gasolina. De acordo com Ângela, ela estava com um cliente quando os rapazes chegaram, fazendo ameaças. O cliente os afastou. O grupo voltou quando ela ficou sozinha. A moça contou que foi chutada e que os rapazes roubaram sua pochete. Na delegacia, Ângela reconheceu o estudante de Direito Rubens Corrêa como o primeiro a bater nela. “O primeiro a agredir foi o Rubens. Ela não reconheceu os outros, porque ficou de costas, depois que começou a apanhar e saiu correndo”, disse o delegado Carlos Augusto Nogueira, da 16.^a Delegacia de Polícia (Barra da Tijuca). (GAZETA DO POVO, 2007, online)

Tem-se que levar em conta ainda que as pessoas que exercem atividade de prostituição podem estar sujeitas a violências de motivos ainda mais fúteis ou torpes, como por exemplo, a notícia abaixo em que cita uma agressão sofrida simplesmente por ter desistido de realizar um programa com o agressor.

Prostituta é agredida e estuprada depois de desistir de programa no DF

Caso ocorreu no Gama na noite deste sábado (20). Suspeito foi preso em flagrante e permanece na 20^a DP.

Homem foi preso em flagrante depois de agredir e estuprar uma garota de programa na noite deste sábado, no Gama, Distrito Federal. Segundo a polícia, agressor e vítima combinaram um programa, mas a mulher desistiu momentos antes.

O homem não gostou da decisão e passou a agredi-la. O suspeito violentou a garota em um matagal no Gama Oeste. A investigação é conduzida pela 20^a DP, onde o suspeito foi detido. (G1 DISTRITO FEDERAL, 2013, online, grifo do autor).

Isso demonstra sinais de que a exposição a violência dessas pessoas que exercem a prostituição é de alto índice e de alta gravidade, necessitando, portanto, de medidas eficazes para assegurar a essas pessoas melhores condições de segurança na sua integridade física, saúde e inclusão social.

Crimes absurdos são diariamente cometidos contra prestadores de serviço sexual, tais como colocar uma garota praticamente morta em saco plástico e jogá-la na rodovia:

Garota de programa é achada ferida dentro de saco em rodovia de Batatais

[...]

Uma garota de programa de 20 anos foi achada gravemente ferida dentro de um saco plástico na madrugada desta quarta-feira (24) em Batatais (SP). Segundo a Polícia Militar, a mulher foi abandonada no km 57 da Rodovia Altino Arantes após ter sido espancada por um casal. Ninguém foi preso. (G1 RIBEIRÃO E FRANCA, 2016, online)

Com isso, é possível demonstrar que, apesar do aumento constante do consumo de serviços sexuais mantém-se estagnado o preconceito e a criminalização do prestador do serviço sexual.

1.4 Projetos de leis em destaque

No ano de 2003 o então deputado Fernando Gabeira pelo PV-RJ, propôs o Projeto de Lei (PL) 98/03, que dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e supressão dos arts. 228, 229 e 231 do Código Penal:

O projeto de Lei em seu primeiro artigo e seu parágrafo primeiro submetem à obrigação de pagar pelo serviço prestado, determinando que o acordo de pagamento deva ser estabelecido pelo tempo conveniando entre as partes.

Art. 1º É exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual.

§ 1º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual será devido igualmente pelo tempo em que a pessoa permanecer disponível para tais serviços, quer tenha sido solicitada a prestá-los ou não. (BRASIL, CD, 2003, online).

No mesmo artigo em seu segundo parágrafo, o Projeto de Lei determina ainda que a exigibilidade do pagamento é do prestador do serviço sexual, sendo intransferível, o que se pode verificar que esse parágrafo busca coagir a exploração sexual: “§ 2º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual somente poderá ser exigido pela pessoa que os tiver prestado ou que tiver permanecido disponível para os prestar.” (BRASIL, CD, 2003, online).

O artigo 2º, do Projeto de Lei busca suprimir do Código Penal os artigos 228, 229 e 231, que se referem respectivamente aos tipos penais de favorecimento da prostituição, casa de prostituição e do tráfico de mulheres: “Art. 2º Ficam revogados os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal.” (BRASIL, CD, 2003, online).

O Projeto de Lei em sua justificação estabelece os motivos de sua concepção, demonstrando o paradoxo social existente:

Já houve reiteradas tentativas de tornar legalmente lícita a prostituição. Todas estas iniciativas parlamentares compartilham com a presente a mesma inconformidade com a inaceitável hipocrisia com que se considera a questão.

Com efeito, a prostituição é uma atividade contemporânea à própria civilização. Embora tenha sido, e continue sendo, reprimida inclusive com violência e estigmatizada, o fato é que a atividade subsiste

porque a própria sociedade que a condena a mantém. Não haveria prostituição se não houvesse quem pagasse por ela.

Houve, igualmente, várias estratégias para suprimi-la, e do fato de que nenhuma, por mais violenta que tenha sido, tenha logrado êxito, demonstra que o único caminho digno é o de admitir a realidade e lançar as bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização a que a atividade está relegada. Com efeito, não fosse a prostituição uma ocupação relegada à marginalidade – não obstante, sob o ponto de vista legal, não se tenha ousado tipificá-la como crime – seria possível uma série de providências, inclusive de ordem sanitária e de política urbana, que preveniriam os seus efeitos indesejáveis. (BRASIL, CD, 2003, online).

No Projeto Lei nº 98 de 2003, vários temas foram abordados de maneira superficial sem a devida pesquisa antropológica e jurídica necessária para elucidar o problema, segundo pode-se compreender na afirmação de Darlon Costa Duarte, ao analisar o projeto que chegou à seguinte conclusão:

Em conclusão, no tocante aos aspectos civis, acredita-se que o Projeto de Lei 98 de 2003 pecou pela superficialidade com que tratou a matéria. Seja como for, crê-se que, mesmo diante da falta de previsão legal, considerando o tratamento que é dado pelo ordenamento jurídico à atividade individual dos profissionais do sexo, eventuais débitos oriundos da prestação de seus serviços são plenamente exigíveis judicialmente, não se configurando meras obrigações naturais como defenderam alguns deputados responsáveis pela análise do Projeto.

Sob a ótica penal, por sua vez, o referido projeto pecou pelo excesso, pois pretendeu revogar disposições legais que deixariam o contrato prostitucional sem o amparo legal específico que merece.

Não obstante, a iniciativa foi louvável, pois pôs em pauta a discussão sobre a prostituição e a valorização dos profissionais do sexo numa das casas do Congresso Nacional e na própria sociedade. Ademais, tal Projeto deu fôlego para que fosse ventilada, atualmente, uma nova iniciativa, muito mais madura e coerente, que se passa a analisar. (DUARTE, 2014, p. 69).

O Projeto de Lei n. 98 de 2003 encontra-se arquivado segundo informações disponíveis para consulta e acompanhamento no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (BRASIL, CD, 2017a, online).

Duarte (2014, p.99) demonstra, porém, que apesar de não ter sido frutífero, o projeto de Lei n. 98/03 trouxe mais visualização para a classe dos trabalhadores sexuais tanto que, seguindo o Poder Executivo em 2005, o Ministério do Trabalho reconheceu, pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), a prostituição como atividade profissional. Tal classificação na CBO é a de número 5198-05 contendo o seguinte teor:

TÍTULO

5198-05 Profissional do sexo - Garota de programa; Garoto de programa; Meretriz; Messalina; Michê; Mulher da vida; Prostituta; Trabalhador do sexo.

DESCRIÇÃO SUMÁRIA

Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão. (BRASIL, MTE, 2010, p. 809, grifo do autor).

Ponderando sobre a inclusão do trabalhador sexual na CBO, Duarte aborda a fragilidade do sistema político em reger sobre o tema, devido à percepção social, e evidência que existem discrepâncias entre o Poder Executivo e o Legislativo:

Denota-se que o Poder Executivo encontra-se passos a frente do Poder Legislativo (cujos membros mantêm posicionamentos sempre antiquados, raramente se propondo a adotar posições mais vanguardistas a fim de não se indispor com seus futuros (re)eleitores) e, curiosamente, do próprio Poder Judiciário no que tange à proteção dos prostitutos. Com efeito, reconhecendo a prostituição como ocupação regular, os prostitutos podem ser contribuintes da Previdência Social, nos termos da Lei nº 8.212/1991, assegurando-lhes código próprio de contribuição, sob o número 1007, fazendo jus a alguns direitos próprios deste regime contributivo, como o salário-maternidade e auxílio-doença, bem como à aposentadoria, todos, em regra, mediante contribuição de 20% sobre o salário de contribuição. (DUARTE, 2014, p. 99).

Mais uma vez as ponderações demonstram que dilemas sociais, influenciam na política, porém a propagação de deliberações sobre o tema tem trazido mesmo que a pequenos passos avanços a respeito do tema da prostituição.

Doravante no ano de 2012, o deputado federal Jean Wyllys pelo PSOL–RJ propôs outro Projeto de Lei para regulamentar a prostituição, o PL nº 4.211/12, além de propor algumas alterações nos tipos legais dos arts. 228, 229, 230, 231 e 231-A do Código Penal, estabelecem alguns direitos dessa categoria de profissionais.

O Projeto de Lei nº 4.211/12, busca a consolidação da dignidade humana, concedendo aos trabalhadores desta classe direitos embrionários. O deputado avulta ainda, a existência de um moralismo deturpado, que promove e ao mesmo tempo condena a prostituição:

É de um moralismo superficial causador de injustiças a negação de direitos aos profissionais cuja existência nunca deixou de ser fomentada pela própria sociedade que a condena. Trata-se de contradição causadora de marginalização de segmento numeroso da sociedade. (BRASIL, CD, 2012, online)

O Projeto de Lei aborda aspectos civis e penais, em seu artigo 1º caput, exigindo que o prestador de serviços sexuais possua maioridade penal, que seja absolutamente capaz e estabelece a voluntariedade, para suprimir a coação ou mesmo indução a prática sexual: “**Art. 1º** - Considera-se profissional do sexo toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração. ” (BRASIL, CD, 2012, online, grifo do autor).

Conseqüentemente os parágrafos 1º e 2º do primeiro artigo tratam da exigibilidade de pagamento pela prestação de serviços e a impossibilidade de transferência do pagamento, com isso se estipula que o prestador de serviços sexuais tem o direito de cobrar pelo labor e que não pode passar esse direito a outro, no intuito justamente de vetar a exploração sexual:

§ 1º É juridicamente exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual a quem os contrata.

§ 2º A obrigação de prestação de serviço sexual é pessoal e intransferível. (BRASIL, CD, 2012, online, grifo do autor).

O primeiro intento é tornar exigível o pagamento pela prestação de serviços sexuais, em segundo se permite a casa de prostituição, contando que nela não se exerça qualquer tipo de exploração sexual. Pelo PL define-se exploração quando:

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.

Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:

I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;

II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;

III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência. (BRASIL, CD, 2012, online, grifo do autor).

O parágrafo 3º estabelece as possibilidades laborais para o prestador de serviços sexuais, tendo ainda um adendo para a casa de prostituição, tornando legal sua existência, desde que não pratique exploração sexual pré-determinada no artigo 2º do PL:

Art. 3º - A/O profissional do sexo pode prestar serviços:

I - como trabalhador/a autônomo/a;

II - coletivamente em cooperativa.

Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerça qualquer tipo de exploração sexual. (BRASIL, CD, 2012, online, grifo do autor).

O texto traz ainda alterações no Código Penal para que sejam descriminalizadas práticas laborais estipuladas no Projeto de Lei:

Art. 4º - O Capítulo V da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual.

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém abandone a exploração sexual ou a prostituição:
[...].”

“Casa de exploração sexual

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
[...].”

Rufianismo

“Art. 230. Tirar proveito de exploração sexual, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:
[...].”

“Art. 231. Promover a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a ser submetido à exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.
[...].”

“Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para ser submetido à exploração sexual:
[...].” (BRASIL, CD, 2012, online, grifo do autor).

Por fim o Projeto de Lei estabelece benefício previdenciário ao trabalhador sexual consubstanciado pelas condições prejudiciais que o labor impõe: “Art. 5º. O Profissional do sexo terá direito a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. ” (BRASIL, CD, 2012, online).

O Projeto de Lei possui mais solidez em seus artigos e fundamentações, sendo mais embaçado juridicamente, Duarte pondera sobre o projeto como uma evolução do Projeto de Lei nº 98, de 2003, e ainda expressa que o projeto precisa ser avaliado de maneira menos preconceituosa:

O referido Projeto avança em relação ao seu predecessor (o Projeto de Lei 98 de 2003, do Deputado Fernando Gabeira), notadamente sob o aspecto penal, pela propositura da distinção entre prostituição e exploração sexual, além de não incorrer nos excessos deste último projeto quanto à revogação de importantes tipos penais destinados a tutelar a dignidade sexual.

Além do mais, propõe um importante direito social (a aposentadoria especial), atento à realidade da atividade da prostituição, cuja “carreira” é curta.

Em suma, tal Projeto trará novamente o debate para as pautas da Câmara dos Deputados. Espera-se que, desta vez, a questão seja debatido sob uma ótica menos preconceituosa e mais voltada para a realidade social, e que a Câmara lide com a questão de maneira pragmática (tal qual deve se dar) a fim de proporcionar melhores condições de trabalho e de vida para as milhares de pessoas que estão envolvidas e que serão diretamente atingidas com tais mudanças legislativas. (DUARTE, 2014, p. 74)

O Projeto de Lei n. 4.211/2012 foi arquivado no ano de 2015 e em seguida desarquivado no mesmo ano a requerimento do Deputado Jean Wyllys. (BRASIL, CD, 2017b, online).

Os temas que envolvem a prostituição, não possuem a abordagem política necessária, sendo por motivos antropológicos enraizados culturalmente, o que afeta diretamente o prestador de serviços sexuais.

É possível cogitar que existe uma desmotivação política devido ao próprio desinteresse social, acometendo na manutenção da marginalização do prestador de serviços sexuais.

2 ASPECTOS PENAIS E PREVIDENCIÁRIOS A RESPEITO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL

2.1 Aspectos penais

No Brasil há em vigor o sistema abolicionista de enquadramento da prostituição, com isso as normas penais tornam lícitas as atividades do prestador sexual, e tem como alvo da tutela penal quem se favorece da prostituição.

Rogério Greco tem a seguinte concepção do sistema normativo penal brasileiro a respeito do prestador de serviço sexual: “[...] a prostituição, em si, é considerada uma conduta indiferente ao Direito Penal, vale dizer, é um fato que não mereceu a atenção do legislador penal, sendo, portanto, atípico.” (GRECO, 2011, p. 687).

Greco traz ainda que mesmo a prestação de serviço sexual ser fato atípico o código penal reprime a fomentação da prostituição:

[...] embora atípico o comportamento de se prostituir, a lei penal reprime aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuem para sua existência, punindo os proxenetas, cafetões, rufiões, enfim aqueles que estimulam o comércio carnal, seja ou não com finalidade de lucro. (GRECO, 2011, p. 687-688)

O Código Penal brasileiro possui um capítulo próprio para a punição das atividades correlacionadas a prostituição – especialmente a partir de alterações dadas Lei nº 12.015, de 2009 – em seu Título VI, Capítulo V, mas para esta pesquisa tem-se por análise das redações atuais de seus artigos 228, 229 e 230. (BRASIL, 1940, online).

O primeiro artigo tratado no Capítulo V refere-se ao crime de “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual” (BRASIL, 1940, online):

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL, 1940, online).

Fernando Capez explana o objeto jurídico abordado pelo artigo 228 da Lei nº 12.015, de 2009: “[...] o crime em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual

do indivíduo, que é levado à prostituição ou outra forma de exploração sexual. ” (CAPEZ, 2013, p.133).

Na abordagem do objeto jurídico Capez explana ainda a sobre a proteção da moralidade “Em segundo plano, protege-se a moral média da sociedade, os bons costumes”. (CAPEZ, 2013, p.133).

A concepção moral social dentro do objeto material e jurídico é abordada também por Guilherme de Souza Nucci: “[o] objeto jurídico é a moralidade sexual publica”. (NUCCI, 2010, p. 945).

Como supracitado o objeto jurídico tutelado não envolve apenas o indivíduo ela busca também conservar a moral e os bons costumes determinados pela sociedade.

Caracterizado o objeto material e jurídico, em sequência se faz necessário classificar o crime, Nucci traz sinteticamente a seguinte classificação para o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

[...] trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva prática da prostituição, ou outra forma de exploração sexual, pelo sujeito passivo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando com o tempo). (NUCCI, 2010, p. 945).

Por se tratar de crime comum Capez explana que “qualquer pessoa pode praticar o delito em análise” (CAPEZ, 2013, p. 134) neste ponto se faz necessário também avaliar o parágrafo 1º do artigo 228 do Código Penal que seja:

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, online).

Esse parágrafo enquadra a qualificação do crime supra apresentado, sendo que afeta na pena prevista para o crime que fundamentalmente é de 2(dois) a 5(cinco) e passa para de 3(três) a 8(oito). (GRECO, 2011, p. 692)

Há ainda, ainda dois parágrafos que majoram a pena por qualificarem o delito quais sejam:

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940, online).

Quanto ao sujeito passivo do delito, ou seja, quem sofre o crime, Rogério Greco traz a seguinte explanação:

[...] qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo* do delito, seja do sexo masculino ou feminino. Nos dias de hoje, verifica-se com clareza o aumento da prostituição masculina, a ponto de se exporem em programas de televisão, rádio e em outros meios de comunicação de massa, a exemplo de jornais revistas etc. (GRECO, 2011, p. 691, grifo do autor).

Vale ressaltar que mesmo podendo ser qualquer pessoa existe a necessidade da determinação da vítima para a configuração do delito, sobre isso Nucci aduz:

[...] é preciso que a pessoa ofendida seja certa e identificada, não se configurando o tipo penal caso o agente, genericamente, leve pessoas indeterminadas à prostituição ou outra forma de exploração sexual. (NUCCI, 2010, p. 944)

Visto os sujeitos ativos e passivos do delito, a análise da consumação e tentativa do delito se faz imperioso, Greco traz a seguinte fala sobre a consumação do crime:

Tem-se por consumando o crime tipificado no art. 228 do Código Penal, por meio das condutas de *induzir* ou *atrair*, quando a vítima, efetivamente dá início ao comércio carnal, ou seja, às atividades próprias características da prostituição, com a colocação de seu corpo à venda, mesmo que não tenha, ainda, praticado qualquer ato sexual com algum “cliente”; ou ainda de acordo com a nova redação legal levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando a vítima é, efetivamente, explorada sexualmente, mesmo sem praticar o comércio carnal. (GRECO, 2011, p. 691)

Quanto ao delito em sua forma tentada Fernando Capez traz a seguinte fala:

[...] para a consumação, será necessário que a pessoa induzida etc. passe a se dedicar habitualmente à prática do sexo mediante contraprestação financeira, não bastando que, em razão da indução ou facilitação, venha a manter, eventualmente, relações sexuais negociadas. Assim, o que deve ser habitual não é a realização do núcleo da ação típica, mais o resultado dessa atuação, qual seja a prostituição da ofendida. Não havendo habitualidade no

comportamento da induzida, o crime ficará na esfera da tentativa. (CAPEZ, 2013, p.135)

Entretanto para Guilherme de Souza Nucci, a modalidade tentada do delito é inaplicável nos casos de indução ou atração: “não admite tentativa nas formas induzir ou atrair, por se tratar de crime condicionado” (NUCCI, 2010, p.945) alegando que poderiam se configurar apenas nas modalidades impedir e dificultar más o próprio não crê na inviabilidade real do fato:

Nas formas *facilitar*, *impedir* e *dificultar* poderia configurar, mas, para nós, como já exposto, é figura de configuração impossível no campo fático. Se prostituição é uma conduta habitual e o sujeito passivo deste crime não pode ser pessoa já prostituída, logo, na forma *impedir* (quando não há violência, ameaça ou fraude), inexistente a possibilidade de consumação. Argumentar de modo contrário seria admitir que a força de um simples “ não” pudesse fazer com que uma prostituta – pessoa experiente e calejada – cedesse aos caprichos de outrem, continuando na sua vida sexual *já desregrada*. Cremos ser hipótese inverossímil. (NUCCI, 2010, p. 945, grifos do autor)

O intuito jurídico deste artigo é o de reprimir o fomento da prostituição, contudo Duarte traz que o artigo é demasiado abstruso, visto que o legislador identifica como exploração qualquer agenciamento da prostituição, confundindo seus conceitos semânticos:

Todavia, andou mal o Congresso ao confundir tais conceitos. É evidente que, em alguns casos, a prostituição deságua em exploração sexual, a exemplo do que ocorre quando há pressões exercidas por rufiões em desfavor do prostituto. Não é o que acontece, todavia, em todas (melhor: na maioria) das hipóteses. (DUARTE, 2014, p. 53)

Nucci traz ainda uma reflexão sobre o artigo e sobre sãs nuances sociais que não são consideradas pelo legislador:

Cuidaria melhor o legislador de proteger o menor de idade ou aquele que é vítima de atos violentos, ameaçadores ou fraudulentos, mas não a pessoa adulta que foi convencida a levar vida promíscua. Ressaltemos, se tal conduta fosse realmente relevante e danosa à sociedade, não se teria a proliferação de anúncios e propagandas de tida ordem nessa área, com o beneplácito das autoridades. (NUCCI, 2010, p. 944).

Analisado o artigo 228, é possível concluir que que o artigo busca realmente suprimir o aumento da prostituição e da exploração sexual, porém, é possível verificar que a legislação atual não alcança efetivamente a solucionar problemas graves inerentes ao ambiente da atividade de prostituição, como por exemplo,

problemas de exposição à graves riscos de violência às pessoas que exercem a prostituição livremente.

O próximo artigo analisado trata do crime de “Casa de prostituição” (BRASIL, 1940, online) sendo ele o art. 229 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. (BRASIL, 1940, online).

O objeto jurídico deste artigo sofreu alteração devido a sua nova redação alterada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, com isso Capez traz o seguinte conceito do objeto jurídico do delito:

Com a nova rubrica do Capítulo V, mudou-se o foco da proteção jurídica. Tem-se em vista, agora, principalmente, a proteção da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual. Secundariamente, protege-se também os bons costumes. (CAPEZ, 2013, p.141)

Greco ao definir o objeto material e o bem juridicamente protegido no artigo 229, também traz a questão social:

A moralidade pública sexual é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito tipificado no art. 229 do Código Penal e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.
O objeto material é o próprio estabelecimento em que ocorre a exploração sexual. (GRECO, 2011, p. 695)

Como no artigo 228 do Código Penal, o artigo 229 preza pela manutenção da moralidade, e segundo Greco tal artigo acaba por envilecer a Justiça Penal pela inviabilidade e desmotivação real do controle do delito:

A existência de tipos penais como o do art.229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc.) pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para coibi-lo. (GRECO, 2011, p. 694)

Doravante Nucci traz sinteticamente a Classificação doutrinária do artigo 229 do Código Penal brasileiro:

[...] trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial; formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva degradação da moral sexual); de

forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“manter” implica em ação) e, excepcionalmente comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º do Código Penal); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta). É delito habitual e não comporta tentativa. (NUCCI, 2010, p. 951)

Sendo crime comum qualquer individuo pode praticar o ato criminoso, sem necessidade de qualquer qualificação, nas palavras de Capez o sujeito ativo possui a seguinte definição:

Qualquer pessoa (homem ou mulher) que mantenha estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não o intuito de lucro ou a intermediação direta dele. Dispensa-se que o agente obtenha proveito econômico com a exploração sexual exercida em seu estabelecimento. Assim, no caso de exercício de prostituição no local, dispensa-se a mediação entre o proprietário da casa, a prostituta e o seu cliente, ou seja, não se exige que o proprietário realize qualquer captação de clientela. (CAPEZ, 2013, p.145)

Quanto ao sujeito passivo existem algumas discussões Greco traz o seguinte texto em sua obra:

Tem-se apontado a *coletividade* como sujeito passivo do art. 229 do Código Penal, haja vista ser a moralidade pública sexual o bem por ele juridicamente protegido. Alguns autores, a exemplo de Luiz Regis Prado, apontam, também, como sujeito passivo aquele que exerce a prostituição nesses lugares. (GRECO, 2011, p. 695, grifo do autor)

A discussão decorre do fato da adesão do trabalhador sexual como sujeito passivo contrário a esta fala Nucci traz o seguinte:

Há quem inclua, como sujeito passivo, a pessoa que exerce a prostituição ou outra forma de exploração sexual, com o que não podemos concordar. A pessoa que se prostitui, por exemplo, não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado ilícito penal, além do que ela também está ferindo os bons costumes, ao ter vida sexualmente desregrada, de todo modo que não pode ser vítima de sua própria liberdade de ação. (NUCCI, 2010, p. 946)

Neste artigo se faz necessário também a apreciação da diferença entre proxeneta e rufião, visto que este artigo tem como alvo o proxenetismo, Nucci traz a definição de ambos para melhor entendimento do sujeito abordado no artigo:

[...] reserva-se o termo *proxeneta* à pessoa que intermedeia encontros amorosos para terceiros, mantendo locais próprios para tanto, auferindo ou não lucro; para o *rufião* (ou cafetão) guarda-se o conceito de pessoa que vive da prostituição alheia, fazendo-se sustentar pela (o) prostituta (o), com ou sem o emprego de violência. (NUCCI, 2010, p. 946)

Determinado os sujeitos faz-se prudente avaliar a consumação e tentativa do delito que sinteticamente Capez traz da seguinte maneira:

Ocorre a consumação com o início de manutenção do estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Não é necessária a prática de qualquer ato sexual [...]. Basta a prova de que a casa se destina à exploração sexual, por exemplo: prostitutas que já se encontram alojadas nos quartos no aguardo de clientes, panfletos anunciando a abertura da casa de prostituição etc. A tentativa é inadmissível, pois se tratará de crime habitual. (CAPEZ, 2013, p.146-147)

Apesar de majoritariamente ser considerado inadmissível a tentativa, alguns autores discordam argumentando a possibilidade de se tentar o delito do art. 229 do Código Penal brasileiro, Greco aduz o seguinte:

[...] tratando-se de crime plurissubsistente, em nossa opinião, torna-se perfeitamente admissível o raciocínio da tentativa, pois que se pode visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que seja surpreendido no exato instante em que ia levar a efeito a inauguração de seu bordel, que foi impedido de ser aberto por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Neste caso, poderíamos entender pela tentativa do delito tipificado no art. 229 do Código Penal. (GRECO, 2011, p. 696)

Esse ponto da análise induz a várias dúvidas na capacidade do artigo e na forma que ele atinge a sociedade, visto que o artigo 229 do Código Penal poderia atingir casas de massagem, motéis, hotéis, saunas, bares, boates etc., devido a maneira como prevê a redação do referido tipo penal.

Porém a jurisprudência e as doutrinas já chegaram a um consenso pacificando o assunto. Sobre a conclusão majoritária sobre as casas de massagem, motéis, hotéis, bares etc., Nucci faz a seguinte ponderação:

[...] não configuram tipo penal, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias. A explicação, como abordado no item anterior, é simples: não são lugares específicos para a exploração sexual, de onde se destaca a prostituição, pois têm outra finalidade, como a hospedagem, o serviço de massagem ou relaxamento, a sauna, o serviço de bar etc.” (NUCCI, 2010, p.950)

Quanto a jurisprudência se tratando dos locais supracitados há julgados que decidiram pela abolição, visto que se entende que o intuito do local não é o de exploração sexual, e mesmo que ocorra a exploração sexual é praticamente impossível a configuração do delito por insuficiência de provas, remetendo novamente a absolvição, situação comum em todo território nacional:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FACILITAÇÃO DE PROSTITUIÇÃO E MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ARTS. 228 E 229, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA EFETIVA DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. MULHERES QUE FREQUENTAVAM O LOCAL (BAR) POR LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE. MANUTENÇÃO DE BAR E MOTEL QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA O CRIME DO ART. 229 DO CP. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA ABSOLUTA DE PROVAS A ALICERÇAR ÉDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSÓ CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (SANTA CATARINA, TJSC, 2016, online)

São constantes as denuncia de bares, casa de massagem, motéis, boates etc., que incidem no art. 229 do Código Penal, mais o desfecho em maioria das vezes é o mesmo sendo absolvidos os proprietários por falta de provas da exploração sexual:

[...] APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 229 E 230 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO DO ACUSADO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS DOS TIPOS PENAI APTOS A CONDUZIR A UM JUÍZO DE CERTEZA EM RELAÇÃO À AUTORIA DELITIVA POR PARTE DO ACUSADO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Para a configuração do crime de casa de prostituição e rufanismo mister se faz a presença de todos os requisitos inerentes ao tipo penal, o que não restou demonstrado, *in casu*. 2. No caso focado, não me resta dúvida que o réu era proprietário de um local onde mulheres se prostituíam e praticavam atos libidinosos, mas, inexistem elementos evidentes para se afirmar que ali havia situação de exploração sexual. Pelo que se deduz dos autos, todas as mulheres que ali atuavam eram maiores de idade e ali estavam por vontade própria, sem qualquer tipo de coação física ou moral para a prática dos atos que se propunham a praticar, não subsistindo assim, os requisitos para a incidência nos artigos 229 e 230, do Código Penal. 3. Recurso conhecido e improvido. (ESPÍRITO SANTO, TJES, 2015, online, grifos do autor).

Nucci faz ainda uma crítica sobre o artigo 229 do Código Penal, evidenciando a incapacidade do artigo em atingir plenamente seus objetivos:

Sabe-se perfeitamente que, em muitos desses locais, trata-se de *autêntica casa de prostituição* disfarçada com um nome mais moderno e adaptado à realidade, embora antiquado e decadente seja o tipo penal. Por isso, a tentativa de aperfeiçoar o tipo penal, editando-se a Lei 12.015/2009, foi um fracasso. (NUCCI, 2010, p. 950, grifo do autor)

Alguns tribunais regionais já optaram por absolver acusados do crime previsto no art. 229 do Código Penal mesmo em situações que se configurou o delito, exemplo da apelação crime do RS n. 70065345324 alegando a conduta como atípica, em razão da adequação social do fato:

**APELAÇÃO CRIMINAL.
MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO.**

Absolvição da ré que se impõe, pois a conduta a ela imputada é atípica, em razão da adequação social do fato.

APELO PROVIDO. POR MAIORIA. (Rio Grande do Sul, TJRS, 2015, online, grifo do autor)

Vale ressaltar que devido a questão foi analisada pelo STF que fixou que não incorre adequação social na manutenção de casa de prostituição, no julgamento do HC 104.467:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDOTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO.

1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

3. Mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

4. *Habeas corpus* denegado. (BRASIL, STF, 2014, p. 596, grifo do autor).

Alisando o artigo 229 do Código Penal, é possível concluir que existe uma severa deficiência em sua prática. É possível entender o intuito do legislador é o de inibir a exploração sexual, porém é obtusa a lei, que não consegue inibir o crescimento de casas de prostituição devido impossibilidade de provas.

Por fim Por fim, no presente estudo chega-se a análise do artigo 230 do Código Penal que trata do crime de “Rufianismo”:

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1940, online).

Este artigo previamente é necessário delimitar o conceito de rufianismo, Nucci traz o seguinte conceito:

É uma modalidade do lenocínio, que consiste em viver à custa da prostituição alheia. É a atividade exercida por aquele que explora prostitutas e, conseqüentemente, incentiva o comércio sexual. O termo equivalente é cafetão ou cáften. (NUCCI, 2010, p. 955)

Após abordado o conceito de rufião, se faz imperiosa a análise do objeto jurídico do delito, que para Fernando Capez: “tutela-se a dignidade sexual da prostituta, vítima da exploração do rufião, ou seja, aquele que procura tirar proveito do exercício da prostituição alheia” (CAPEZ, 2013, p.149)

Rogério Greco discorre junto do bem juridicamente protegido o objeto material, ressaltando o peso da moral social do artigo 230 do Código Penal, da seguinte maneira:

A moralidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de rufianismo, bem como, num sentido mais amplo, a dignidade sexual, de acordo com a nova redação conferida ao Título VI do Código Penal, pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

A pessoa explorada pelo rufião (ou cafetina), seja do sexo masculino, seja do sexo feminino, é o objeto material do delito em estudo. (GRECO, 2011, p. 699)

Visto o objeto jurídico e o objeto material do delito, se faz imperiosa a classificação do crime, Nucci sinteticamente traz a seguinte classificação:

[...] trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo proveito do auferido pelo agente em detrimento da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“tirar proveito” implica em ação) e excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2.º, do Código Penal); habitual (modalidade específica de crime, cuja relevância penal somente se encontra analisando-se o conjunto dos atos do agente. Não se focaliza uma ação isolada, pois a consumação é um todo indefinido, que precisa ser provado no curso da investigação ou do processo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta, embora, por ser habitual, tais atos devam ser vistos no conjunto); não admite tentativa. (NUCCI, 2010, p. 956)

Por se tratar de crime comum o sujeito ativo independe de qualquer qualificação, Greco quanto aos sujeitos do delito diz: “Qualquer pessoa pode ser

sujeito ativo do delito. O sujeito passivo é a pessoa explorada pelo rufião, abrangendo-se, também, em um sentido mais amplo, a coletividade.” (GRECO, 2011, p. 699).

Nucci reafirma esse sentido mais amplo onde a coletividade, integra o sujeito passivo do delito: “[...] secundariamente, é a coletividade, pois o delito é contra a moralidade sexual.” (NUCCI, 2010, p. 955). O que aduz novamente que o conceito de moral é fundido ao de legal no artigo comentado.

O artigo possui em seu elemento subjetivo o dolo, inexistindo a forma culposa do delito Capez traz a seguinte fala quanto ao elemento subjetivo: “É o dolo, consiste na vontade livre e consciente de tirar proveito da prostituição alheia, participando dos seus lucros, ou ser por ela sustentado, ainda que em parte. Não se exige nenhuma finalidade específica.” (CAPEZ, 2013, p.149)

O delito do artigo 230 do Código Penal possui caráter habitual o que influi na sua consumação e tentativa, Greco traz a seguinte explanação:

Ocorre a consumação com o efetivo aproveitamento, pelo agente, da prostituição alheia, a exemplo de quando recebe o primeiro pagamento, os primeiros presentes, desde que seja com uma característica duradoura, vale dizer, não eventual. Mesmo com alguma dificuldade de reconhecimento, não descartamos a possibilidade do raciocínio correspondente à tentativa. (GRECO, 2011, p. 699)

Apesar de ver possibilidade no reconhecimento da tentativa para o delito, por se tratar de crime habitual há entendimento doutrinário que adere pela inexistência de tentativa para o artigo 230 do Código Penal, Nucci traz o seguinte: “Em primeiro lugar, não admite tentativa o delito habitual, pois é impossível fracionar o *iter criminis*, vale dizer, é inaceitável considerar um fato isolado [...]” (NUCCI, 2010, p. 951, grifo do autor).

Capez quanto à consumação e tentativa diz o seguinte:

Dá-se a consumação com a participação reiterada do rufião no recebimento dos lucros, bem como da sua manutenção à custa da prostituta. Há necessidade de habitualidade. Por se cuidar de crime habitual, é inadmissível a tentativa. (CAPEZ, 2013, p.150).

O crime de Rufianismo aceita ainda majoração por qualificação do delito, estando descrito nos parágrafos 1º e 2º do art. 230 do Código Penal:

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta,

irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, online).

Ponto importante sobre o delito e que para o enquadramento do artigo 230 do Código Penal é necessário que ocorra lucro direto, qual seja a exploração sexual como já dito, logo mesmo que o proprietário de determinado local lucre vendendo bebidas, quartos, camisinhas ou qualquer outro bem que não provenha diretamente da prostituição, este, não está sujeito ao artigo 230 do CP. (NUCCI, 2010, p. 955).

O fato da necessidade do lucro direto facilita o acometimento do crime por rufiões que lucram cobrando valores em quartos ou outros bens relativos à prostituição, porém não diretos, porém pelo artigo não é levado em conta que se trabalhador sexual é obrigado a usar ou consumir seus aposentos ou bens, o que acaba livrando o rufião. Como na jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. FAVORECIMENTO DE PROSTITUIÇÃO DE VULNERÁVEL E CASA DE PROSTITUIÇÃO. ARTS. 218-B E 229, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA AUSÊNCIA DE PROVAS E NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCABIMENTO.

Se o conjunto probatório revela clara e inofismavelmente a materialidade e a autoria dos crimes narrados na denúncia, descabe a pretensão absolutória.

IRRESIGNAÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO CRIME DE RUFIANISMO. PRETENSÃO CONDENATÓRIA INADMISSÍVEL. DÚVIDAS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DIRETA NO LUCRO DA PROSTITUIÇÃO ALHEIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA ALICERÇAR DECRETO CONDENATÓRIO.

RECURSOS DESPROVIDOS. [...] (SANTA CATARINA, TJSC, 2011, online).

O artigo acaba por não atingir seus objetivos, bem ainda acomete na proibição do trabalhador sexual em contratar um agente para sua promoção, sobre esse efeito colateral do artigo 230 do Código Penal, Moura traz o seguinte:

[...] o crime de rufianismo, disposto no artigo 230 do Código Penal Brasileiro, ou seja, o fundamento paternalista acomete a norma já que impede a prostituta de ter um “gerente” ou alguma pessoa que ela mesma possa contratar para agenciar na escolha de clientes mais confiáveis. (MOURA, 2013, p. 86).

O artigo claramente impede que o profissional do sexo busque um agente ou empresário, com o fundamento que qualquer destes agentes estaria cometendo exploração sexual, não levando em conta que na esfera trabalhista tais agentes estão apenas recebendo por um serviço prestado, como acontece em várias outras profissões como músicos, jogadores de futebol, artistas etc.

Isso demonstra que o artigo é falho e não condiz com a nossa realidade social, uma vez que o artigo 230 do Código Penal é praticamente ineficaz, e acaba por obstruir melhoras no labor do prestador de serviços sexual, que tem que se sujeitar a ilicitude e a falta de amparo governamental.

Por fim analisando os três artigos, 228, 229 e 230 do Código Penal, é possível identificar uma similaridade de ineficiência prática dos artigos, não sendo plenamente aplicada nem sendo realisticamente viável. Além do fato da incongruência social, pois em alguns aspectos os artigos confundem ilegalidade com imoralidade, o que acaba por atingir negativamente apenas o prestador do serviço sexual.

2.2 Aspectos previdenciários

A CBO (Classificação Brasileira de Ocupações) “[é] referência obrigatória dos registros administrativos que informam os diversos programas da política de trabalho do País.” (BRASIL, MTE, 2010, p. 5), e descreve a prostituição sob a denominação “Profissional do sexo”, sob a enumeração 5198-05, abrangendo também as nomenclaturas “Garota de programa; Garoto de programa; Meretriz; Messalina; Michê; Mulher da vida; Prostituta; Trabalhador do sexo.” (BRASIL, MTE, 2010, p. 809)

Pela descrição sumária dos profissionais do sexo, assim fixada pela CBO: “[b]uscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em

ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão.” (BRASIL, MTE, 2010, p. 809)

A inclusão dos profissionais do sexo na CBO resulta em sua integração nas políticas públicas do MTE e conseqüentemente dando maior viabilidade ao a este profissional no direito a inscrição na previdência social, tendo em vista as funções que a CBO possuem conforme a seguir:

A função enumerativa da CBO é utilizada em registros administrativos como a Relação Anual de Informações Sociais – Rais, Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – Caged; Seguro Desemprego; Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física – Dirpf, entre outros. Em pesquisas domiciliares é utilizada para codificar a ocupação como, por exemplo, no Censo Demográfico, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Pnad e outras pesquisas de institutos de estatísticas como o IBGE e congêneres nas esferas dos estados e dos municípios.

A função descritiva é utilizada nos serviços de recolocação de trabalhadores como o realizado no Sistema Nacional de Empregos – Sine, na elaboração de currículos e na avaliação de formação profissional, nas atividades educativas das empresas e dos sindicatos, nas escolas, nos serviços de imigração, enfim, em atividades nas quais informações do conteúdo do trabalho sejam requeridas. (BRASIL, MTE, 2010, p. 8)

Dentre o rol dos direitos fundamentais tem-se a Previdência Social como um direito social, ora previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a **previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Com isso a previdência social se torna um direito a ser exigível por qualquer membro da sociedade, atendidas as condições e possibilidades legais para tanto, sendo dever do Estado a prestação desse direito social.

A previdência social é de iniciativa dos Poderes Públicos sendo parte da seguridade social que se encontra no art. 194 da Constituição Federal de 1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à **previdência** e à assistência social. (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Visto a competência do Poder Público na prestação da seguridade social, Hugo Goes traz ainda que a previdência é separada em regimes:

A Previdência brasileira é formada por dois regimes básicos, de filiação obrigatória, que são o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos e militares. Há também o Regime de Previdência Complementar, ao qual o participante adere facultativamente. (GOES, 2016, p.15-16)

Visto que na previdência social existem regimes distintos, sendo eles o Regime Geral da Previdência, os Regimes Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos e Militares e a Previdência Complementar, se faz necessária a diferenciação destes regimes.

O Regime Geral de Previdência Social é definido pelo artigo 201 da Constituição Federal de 1988 com o seguinte caput: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória [...]” (BRASIL, 1988, online), este regime é o que abrange grande parte da população nacional, o que, nas palavras de Hugo Goes: “[e]sse é o regime de previdência mais amplo, responsável pela proteção da grande maioria dos trabalhadores brasileiros.” (GOES, 2016, p. 16)

Os Regimes Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos e Militares são resguardados pela Constituição Federal do Brasil, e Hugo Goes traz de forma sintética os beneficiários deste regime:

Os beneficiários de Regime Próprio de Previdência Social - RPPS são os magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público, militares e servidores públicos ocupantes de cargo efetivo de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações. (GOES, 2016, p. 16)

O art. 40 da Constituição Federal é a norma que dispõe o benefício aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações:

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). (BRASIL, 1988, online)

Quanto ao Regime de Previdência Complementar, Hugo Goes faz a seguinte síntese conceitual:

O Regime de Previdência Complementar é facultativo. A pessoa tem a possibilidade de entrar no sistema, de nele permanecer e dele retirar-se, dependendo de sua vontade. 3 Trata-se de uma faculdade dada à sociedade de ampliar seus rendimentos quando da aposentação. No entanto, a adesão a este regime não exclui a obrigatoriedade da filiação ao RGPS ou, no caso de militar ou servidor titular de cargo efetivo, ao regime próprio. (GOES, 2016, p. 21)

Devido ao objetivo principal do presente estudo ser quanto aos aspectos previdenciários relacionados aos prestadores de serviços sexuais, foca-se no Regime Geral da Previdência Social, visto ser este o enquadramento dos profissionais do sexo.

Dito que o regime geral de previdência social é o mais abrangente, faz-se necessária a definição do beneficiário, a qual Hugo Goes traz a seguinte introdução: “Beneficiários são os titulares do direito subjetivo de gozar das prestações previdenciárias. Ou seja, é toda pessoa física que recebe ou possa vir a receber alguma prestação previdenciária (benefício ou serviço).” (GOES, 2016, p. 77)

Dentro do regime geral de previdência social, no tocante ao seu modo de regime obrigatório existe uma classificação dos segurados, definido pela redação atual da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, em seu artigo 11, sendo os segurados obrigatórios o “empregado”, o “empregado doméstico”, o “contribuinte individual”, “trabalhador avulso”, e o “segurado especial”. (BRASIL, 1991, online).

Os profissionais do sexo melhor se enquadram na espécie de contribuinte individual, nos termos do artigo 11, inciso V, alínea h da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, que diz: “h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não [...]” (BRASIL, 1991, online).

Hugo Goes traz a seguinte conceituação sobre esta espécie de contribuinte individual:

[...] é a pessoa física que presta serviços esporádicos. Esse obreiro não se fixa a uma fonte de trabalho, é contratado para trabalhar diante de uma situação específica, ocasional (trocar uma instalação elétrica, consertar o encanamento etc.). Terminado o trabalho, o eventual não retoma mais à empresa, vai à busca de outros trabalhos em empresas distintas. (GOES, 2016, p.115)

A inexistência de continuidade na prestação de serviço é determinante para a diferenciação do contribuinte, quanto a isso Hugo Goes que traz a seguinte analogia:

Diferentemente do empregado, no serviço prestado pelo trabalhador eventual não há a continuidade. Porém, de forma semelhante ao empregado, o trabalhador eventual é um trabalhador subordinado (está sujeito ao poder de direção do contratante). (GOES, 2016, p.115)

A ausência de continuidade na prestação de serviços já exime a relação de emprego o que conceitua o prestador de serviços sexuais como trabalhador eventual, segundo Sergio Pinto Martins:

Trabalhador eventual é a pessoa física que presta serviços esporádicos a uma ou mais de uma pessoa.
Para a teoria da descontinuidade ou da fixação jurídica do trabalhador na empresa, eventual é o trabalhador que não presta serviços para o mesmo tomador ou não se fixa numa empresa. (MARTINS, 2012, p.166)

A forma do serviço influi na arrecadação da contribuição, e visto a verossimilhança da forma de serviço prestado pelo profissional do sexo como contribuinte individual é necessário destacar a margem percentual de recolhimento para o adimplemento da previdência segundo Decreto nº 3.048, de 1999, na atual redação de seu art. 199 que determina que o contribuinte individual terá que recolher a seguinte alíquota:

Art. 199. A alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo é de vinte por cento aplicada sobre o respectivo salário-de-contribuição, observado os limites a que se referem os §§ 3º e 5º do art. 214. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999) (BRASIL, 1999, online).

Tal dispositivo se complementa com as redações atuais dos parágrafos 3º e 5º do art. 214 do Decreto nº 3.048, de 1999 que determinam o seguinte:

§ 3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde: (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

I - para os segurados contribuinte individual e facultativo, ao salário mínimo; e (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

II - para os segurados empregado, inclusive o doméstico, e trabalhador avulso, ao piso salarial legal ou normativo da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

[...]

§ 5º O valor do limite máximo do salário-de-contribuição será publicado mediante portaria do Ministério da Previdência e

Assistência Social, sempre que ocorrer alteração do valor dos benefícios. (BRASIL, 1999, online).

Explicitada a espécie de Regime Geral da Previdência em que se enquadra o prestador de serviços sexuais, se faz oportuno dizer que desde 2005 o Ministério do Trabalho reconheceu, pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), a prostituição como atividade profissional, indexando-a com o número 5198-05.

Com a inclusão na CBO, o prestador de serviços sexuais adquiriu então direito de se tornar contribuinte individual e ter seus direitos previdenciários garantidos pelo Estado.

Conclusa a breve análise dos aspectos previdenciários do prestador de serviços sexuais é visto que adquirindo a qualidade de contribuinte todos os direitos previdenciários devem ser garantidos pelo Estado, outro ponto é do conceito social da previdência, visto que o intuito não é estimular a prostituição, o intuito é o de inclusão tirando a pessoa que se prostitui da marginalidade.

3 PROFISSIONAIS DO SEXO NA HIPÓTESE DE CRIAÇÃO DE COOPERATIVA

A profissionalização da prostituição, de modo melhor organizado e regularizado, para o presente estudo, não tem o foco de fomentá-la como empresa e sim de estudar possibilidades jurídicas para assim amenizar um problema social, como alternativas para potencializar a inclusão social dessas pessoas de algum modo na sociedade garantindo-lhes direitos fundamentais em patamares dignos.

Maria Ilidiana Diniz faz uma reflexão contundente sobre a questão social da prostituição:

É salutar destacar que a expansão da prática prostitucional não pode ser vista como uma opção das mulheres, e sim como uma falta de opção que cada vez se intensifica, dada as condições de desemprego que acompanha as mulheres no sistema capitalista. (DINIZ, 2009, p. 59)

Tânia Navarro Swain traz ainda enfaticamente a problemática de fazer analogia de prostituição com trabalho:

Confundir prostituição e trabalho é dotá-la de uma dignidade que não possui no imaginário e na materialidade social – o linguajar popular exprime o desprezo social em relação à prostituta e nenhuma legislação irá modificar esta imagem: é a forma falaciosa de justificar o completo *assujeitamento* das mulheres a seu corpo sexuado, mergulhando-as na total imanência. (SWAIN, 2004, p. 27, grifo do autor)

A autora Maria Ilidiana Diniz diz ressalta que pesquisas nessa área indicam que a prostituição insurge da necessidade de subsistência e não de puro estigma consumerista:

Todos(as) estamos inseridos(as) numa sociedade consumista onde prevalece a individualidade e o consumo sem restrições de pessoas e coisas. Nesse contexto, perceber as prostitutas como trabalhadoras tem o claro objetivo de reforçar a mercantilização das mulheres numa escala global. Como estratégias, disseminam a ideia da livre escolha, do desejo que as prostitutas apresentam pelo “trabalho sexual”, escamoteando assim, o que os estudos e pesquisas comprovam: que as mulheres se prostituem por questão de sobrevivência. (DINIZ, 2009, p. 93)

Outro ponto abordado pela referida autora corresponde às demandas sociais derivadas do sistema capitalista, e como elas influenciam diretamente no aumento de profissionais do sexo:

Nesse contexto contraditório do sistema capitalista, cuja a consequência direta é o desemprego, a precarização dos(as)

trabalhadores(as), o aumento da jornada de trabalho, enfim a ampliação da pobreza em escala mundial, tem implicações diretas na vida dos(as) trabalhadores(as), que não conseguem inserir-se no mercado de trabalho formal. Desse modo, buscam alternativas nas mais variadas atividades, visando minimizar a miséria a qual são inseridos(as) no sistema dos descartáveis, dentre elas a prostituição. (DINIZ, 2009, p.96)

É necessário enfatizar que, apesar da prostituição estar classificada na CBO como uma ocupação denominada de “Profissionais do Sexo” (BRASIL, MTE, 2010, p. 809), o foco do presente estudo não é confundir prostituição com trabalho e sim demonstrar que o Estado possui obrigação de incluir essas pessoas na sociedade provendo-lhes a devida dignidade.

Darlon Costa Duarte discorre que a respeito do problema social gerado pela prostituição, criticando a falta de um posicionamento por parte do Estado:

Dessa forma, não há como deixar de criticar a postura adotada pelo Brasil, que se diz um país abolicionista mas pouco ou nada faz em prol dos prostitutas, deixando as num verdadeiro limbo jurídico: nem regulamenta a atividade, nem a proíbe; nem admite o agenciamento da prostituição (pois tipifica penalmente tal conduta), nem envida esforços efetivos para contê-la. Muitas vezes, a inércia e a letargia são piores do que a tomada de alguma posição, conquanto não haja pacificidade sobre ela. (DUARTE, 2014, p. 40)

Com esse prospecto de inclusão social que o trabalho argui a hipótese de constituição de cooperativa para o profissional do sexo, visando garantir direitos básicos, como segurança, saúde e dignidade, uma que o Estado possui uma postura absorta perante tal problema social.

3.1 Aspectos constitucionais

Araujo e Nunes Junior trazem o seguinte conceito quanto aos princípios constitucionais:

Os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 66)

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino trazem a seguinte ponderação sobre os princípios constitucionais: “[...] encontram-se os valores e os fins mais gerais orientadores de nosso ordenamento constitucional, funcionando como diretrizes para

todos os órgãos mediante os quais atuam os poderes constituídos. ” (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 87)

São estes princípios que norteiam os direitos e as garantias da nossa sociedade, sobre isso Paulo e Alexandrino trazem o seguinte parecer:

De um modo geral, esses princípios consubstanciam o reconhecimento da soberania, no plano internacional, como elemento igualador dos Estados, além de reconhecer, também nesse âmbito, o ser humano como centro das preocupações da nossa República. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 87)

A Constituição Federal brasileira em seu art. 1º enumera os fundamentos do Estado brasileiro, sendo eles:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988, online)

Os princípios e os direitos fundamentais são o cerne de uma constituição, conseqüentemente eles são a essência do Estado, onde toda organização política, jurídica e social decorre dos pareceres constitucionais sendo eles fonte soberana.

Sé faz pertinente ao trabalho a análise de determinados princípios e direitos fundamentais constitucionais para discorrer sobre a hipótese de constituição de cooperativas para os profissionais do sexo.

3.1.1 O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é afirmada do 1º artigo da Constituição Federal do Brasil, estabelecida como princípio fundamental visando uma sociedade justa e o bem-estar social, o que Araujo e Nunes Junior reforçam: “[...] a Constituição identificou como objetos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais. ” (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2010, p. 99)

Em consonância com o Estado em sua organização, Paulo e Alexandrino demonstram que o cerne do princípio da dignidade humana é o ser humano:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. (PAULO e ALEXANDRINO, 2016, p. 90)

Azevedo discorre sobre o objeto central do princípio da dignidade humana com essa compreensão de uma sociedade justa e do bem-estar social, dizendo: “O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como *pressuposto a intangibilidade da vida humana*. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.” (AZEVEDO, 2002, p. 95, grifo do autor)

Alexandre de Moraes traz a seguinte concepção conceitual da dignidade humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2014, p.18)

Azevedo sintetiza em três preceitos hierárquicos a dignidade da pessoa humana:

[...] a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. (AZEVEDO, 2002, p. 100)

Sendo a vida o cerne do princípio da dignidade humana, Azevedo diz que: “[o] preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo *caput* do art. 5º da Constituição da República.” (AZEVEDO, 2002, p. 96)

Azevedo traz que o princípio da dignidade humana em seu segundo preceito que sendo a vida humana intangível se faz necessária a manutenção de sua integridade física e psíquica: “Depois da intangibilidade da vida humana, a primeira consequência direta que se pode tirar do princípio da dignidade é o *respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana*.” (AZEVEDO, 2002, p. 97, grifo do autor)

José Afonso da Silva demonstra a relação da vida com a integridade física dizendo: “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo.” (SILVA, 2010, p. 199)

Azevedo traz que o princípio da dignidade humana aborda em seu terceiro preceito questões relativas a igualdade de convivência e pressupostos de liberdade: “[...] a terceira conseqüência [sic] do princípio da dignidade é a consistente no respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens (condições culturais).” (AZEVEDO, 2002, p. 98)

O princípio da dignidade humana é um pilar constitucional, incidente a todos os seres humanos, que busca proteger sua vida, sua integridade física e psíquica, sua liberdade, enfim estabelecer um bem-estar social mínimo. Ressaltando que não existe distinção de raça, sexo, idade estado civil ou condição econômica, sendo necessário apenas o fato de ser alguém para estar resguardado por este princípio.

3.1.2 O princípio fundamental dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

O princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se encontra no art. 1º inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, online), sendo um princípio fundamental.

Alexandre de Moraes introduz o princípio fundamental dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa com a seguinte colocação: “[...] é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5a, XIII; 6a; 7a; 8a; 194-204).” (MORAES, 2014, p. 19)

Uadi Lammêgo Bulos faz a seguinte introdução sobre o princípio fundamental dos valores sociais e da livre iniciativa:

[...] o trabalho, certamente, dignifica a existência terrena, e, quando livre e criativo, liga o homem a Deus. Daí a Constituição enfatizar o respeito e a dignidade ao trabalho em diversos lugares (arts. 5º, XIII, 6º, 7º etc.), para dizer que a garantia do trabalho engloba empregados, empregadores, autônomos e assalariados. Aliás, para alcançar o seu desígnio constitucional o labor deve ser *livre*. (BULOS, 2015, p. 515)

O artigo 170 da Constituição Federal traz pontos chave para a apreciação desse princípio: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” (BRASIL, 1988, online)

Bulos traz a seguinte reflexão a respeito do constituinte frente ao princípio abordado no caput do art. 170 da Constituição Federal:

[...] o constituinte prestigiou uma economia de mercado, de cunho capitalista, priorizando o labor humano como valor constitucional supremo em relação aos demais valores integrantes da economia de mercado. Quanto a livre-iniciativa, não é absoluta; encontra limites na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na defesa do consumidor (art. 170, V), no direito de propriedade (art. 5º, XXII), na igualdade de todos perante a lei (5º *caput*) etc. (BULOS, 2015, p.1523)

O parágrafo único do artigo 170 da Constituição federal diz que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988, online).

Sobre o parágrafo único do art. 170 da CF, Bulos discorre a respeito da existência digna dizendo que “[...] a intervenção do Estado na economia deve atentar para a dignidade da pessoa humana, fundamento não só da ordem econômica mas também da República Federativa como um todo (CF, art. 1º, III).” (BULOS, 2015, p. 1523). O referido autor traz ainda uma crítica a respeito da justiça social:

[...] eis um dos instrumentos de tutela dos hipossuficientes (CF, art. 6º) que, até hoje, não saiu do papel. O espírito do *neoliberalismo* não conseguiu estancar as desigualdades sociais, criadas e produzidas pela aníqua distribuição de rendas. Num regime de acumulação do capital, pela apropriação privada dos meios produtivos, prepondera a diversidade de classes sociais. Por outro lado, justiça social é cada um poder dispor dos meios materiais para viver com certo conforto, gozando segurança física, espiritual, econômica e política. (BULOS, 2015, p. 1523)

É pertinente ao trabalho analisar o inciso VII do art. 170 da CF/88, que possui o seguinte princípio: “[...] redução das desigualdades regionais e sociais.” (BRASIL, 1988, online).

Sobre este inciso Bulos faz a seguinte ponderação:

[...] a redução das desigualdades, além de ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, III),

constitui um dos princípios regentes da ordem econômica, Há, até mecanismos tributários e orçamentários que podem implementar esse princípio (CF 43 e 165, §1º) (BULOS, 2015, p. 1525)

Sobre o princípio da “busca pelo pleno emprego” previsto no art. 170, inciso VIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, online) Bulos também o critica: “Eis uma matéria controvertida e contraditória, pois “pleno emprego” é algo inexistente no Brasil. Logo estamos diante de mais uma *ilusão constitucional*.” (BULOS, 2015, p. 1525)

O princípio fundamental do valor social do trabalho e da livre iniciativa agrega valor social ao homem e à sociedade, defendendo o trabalhador e o seu meio de trabalho, garantindo liberdade de escolha compactuando com o liberalismo econômico.

3.1.3 Os objetivos fundamentais da república

A Constituição Federal possui em seu art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vide:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, online)

Paulo e Alexandrino fazem a seguinte conceituação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Constata-se que esses objetivos têm em comum assegurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para autodeterminar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente a sua condição humana. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 91)

A respeito do inciso III do art. 3º da CF, Bulos faz o seguinte comentário: “[...] ante a pobreza generalizada, o desenvolvimento social impõe a sua extirpação como única saída para o extermínio das desigualdades sociais e regionais.” (BULOS, 2015, p. 520)

O referido autor afirma também a respeito do inciso IV do art. 3º da CF/88, sobre a promoção do bem de todos sem preconceitos:

[...] eis a igualdade formal consagrada como um dos objetivos da república pátria. Nossos irmãos do sul, norte, leste, oeste; os brancos, negros, judeus, índios, mulatos etc.; os heterossexuais os homossexuais; crianças, jovens, adultos e idosos todos são iguais em direitos e deveres. (BULOS, 2015, p. 521)

Os objetivos elencados buscam o crescimento social do país, visando o bem-estar de todos os membros da sociedade sem nenhuma distinção, embora por vezes alguns objetivos não são plenamente exercidos, gerando desigualdades sociais.

3.1.4 O princípio da igualdade

A Constituição Federal traz em seu art. 5º a igualdade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais:

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: [...] (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Alexandre Moraes faz a seguinte redação sobre o conceito básico do princípio da igualdade:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. (MORAES, 2014, p. 35)

Uma vez conceituada o referido autor demonstra o que o princípio proíbe:

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]. (MORAES, 2014, p. 35)

Bulos, comentando o posicionamento do STF em relação ao princípio da igualdade, faz a seguinte afirmação:

A igualdade constitucional mais do que um direito é um *princípio*, uma *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais.

Daí o Supremo Tribunal Federal apontar o seu tríplice objetivo: limitar o legislador a autoridade pública e o particular. (BULOS, 2015, p. 560, grifo do autor)

Conclui-se com que este princípio é um pilar da República Federativa do Brasil, com objetivo de tratamento igualitário de todos os cidadãos da sociedade, sendo de preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei, a manutenção do princípio para que decorra o equilíbrio social.

3.1.5 A liberdade de trabalho, ofício ou profissão

Quanto à liberdade laboral, o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer [...]” (BRASIL, 1988, online).

José Afonso da Silva em referência ao artigo 5º inciso XIII, aduz que o seguinte princípio não constitui direito social e sim um direito individual, com o seguinte dizer:

O teor do dispositivo, de si, já demonstra que estamos diante de simples *direito individual*, não daquilo que a doutrina chama de liberdade do conteúdo social, pois ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim seria direito social. (SILVA, 2010, p. 257)

Silva traz ainda o seu conceito do referido dispositivo constitucional:

O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro. (SILVA, 2010, p. 257)

A respeito do conceito do princípio de liberdade de profissão, Araujo e Nunes Junior têm o seguinte parecer:

[...] cuida-se de um típico direito de liberdade do cidadão. A norma, fixando uma limitação da atividade do Estado, demarca um território impenetrável da vida individual e, dessa forma, fixa o direito à

autodeterminação do indivíduo na escolha de sua profissão. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 162)

Os referidos autores trazem à tona também a questão do poder do Estado em delimitar determinadas profissões, ressaltando o que decorre da falta de regulamentação de algumas profissões:

O dispositivo, porém, foi erigido sob os moldes de uma regra de eficácia contida, permitindo que lei infraconstitucional venha a limitá-la, criando requisitos e qualificações para o exercício de determinadas profissões. Logo, enquanto não existir lei acerca dessa ou daquela profissão, a permissão constitucional tem alcance amplo. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p.162)

É possível dizer que este inciso da Constituição traz o sentido de que o princípio de liberdade de trabalho ofício ou profissão estabelece um direito individual onde o Estado não deve constranger o trabalhador que pode optar por exercer qualquer labor, desde que tendidas às qualificações profissionais.

Consequentemente o princípio da liberdade de trabalho, permite que qualquer pessoa exerça a prostituição, levando em conta o sistema abolicionista que o Brasil adota a respeito da atividade de prostituição, abordagem esta contida na subseção 1.2 da presente monografia.

3.1.6 A liberdade de associação e de criação de cooperativas

Tem-se no inciso XVII do art. 5º da Constituição Federal dispondo que “[...] é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar [...]”. (BRASIL, 1988, online)

O artigo é explícito sendo que exprime o direito de duas ou mais pessoas se unirem para constituir uma sociedade, o que Bulos traz o seguinte conceito a respeito do direito de associação previsto no referido dispositivo constitucional: “[...] é o direito público subjetivo que permite a coligação voluntária de algumas ou várias pessoas físicas, por longo tempo, com o propósito de alcançar objetivos lícitos, sob direção unificante.” (BULOS, 2015, p. 613).

Em seguida, já no inciso XVIII do artigo 5º da CF dispõe que “[...] a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento [...]” (BRASIL, 1988, online).

A Constituição Federal traz então em seu art. 174 a obrigação do Estado em incentivar atividade econômica, sendo que em seu parágrafo segundo explicita a estimulação do sistema de Cooperativa:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[...]

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. (BRASIL, 1988, online).

José Afonso da Silva faz menção à liberdade de associação correlacionada com o cooperativismo discorrido no inciso XVIII do art. 5º da Constituição Federal e no seu artigo 174 § 2º:

[...] a Constituição correlaciona as *cooperativas* com associações (art. 5º, XVIII) e, num dispositivo da ordem econômica, dispõe que *a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo* (art. 174, §2º). Aqui correlaciona associativismo e cooperativismo entre as instituições da ordem econômica[...] (SILVA, 2010, p. 267) (grifos do autor)

O direito à liberdade de associação possui respaldo constitucional, tendo ainda o Estado a função de incentivar, regular e fiscalizar este sistema, a liberdade de associação é fundamental para o progresso social e econômico.

3.2 Sociedade cooperativa

A política de cooperativismo está presente no ordenamento jurídico brasileiro como visto previamente na Constituição Federal em seu art. 5º, XVIII e 174, § 2º, sendo regulado por legislação específica e com disposições gerais previstas no Código Civil.

O Código Civil traz normas de aspecto geral a respeito das cooperativas, deixando isso explícito no seu art. 1.093 que diz: A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial. (BRASIL, 2002, online).

Dito isso, em seu art. 1.094 o Código civil demonstra as seguintes características das cooperativas:

Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:
I - variabilidade, ou dispensa do capital social;

- II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
- III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;
- IV - intransferibilidade [sic] das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;
- V - *quorum*, para a assembléia [sic] geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
- VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;
- VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
- VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade. (BRASIL, 2002, online, grifo do autor)

Sobre as características da sociedade cooperativa inseridas no Código Civil e especialmente na Lei 5.764 de 1971 nesta lei há no art. 4^a, I, que trazem a questão da variabilidade do capital social:

Art. 4^o As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

[...]

II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; (BRASIL, 1971, online, grifo nosso)

A Lei 5.764 de 1971 em seu art. 4^o, III, faz referência a característica da cooperativa a respeito da limitação do número de cotas: “III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais [...]”. (BRASIL, 1971, online)

A inaccessibilidade das quotas partes da cooperativa, estabelecida na Lei 5.764 de 1971 no art. 4^o, IV esclarece e especifica quanto a impossibilidade de obtenção de cotas por terceiro: “IV – inaccessibilidade [sic] das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade [...]”. (BRASIL, 1971, online)

Outra consonância da Lei 5.764 de 1971 em destaque é a do direito de voto igualitário independente de contribuição, o que estabelece um sistema democrático no cooperativismo, pois tal lei esta determinação na atual redação de seu art. 42: “Art. 42. Nas cooperativas singulares, cada associado presente não terá direito a

mais de 1 (um) voto, qualquer que seja o número de suas quotas-partes. (Redação dada pela Lei nº 6.981, de 30/03/82)". (BRASIL, 1971, online)

A Lei 5.764 de 1971 especifica uma peculiaridade distributiva das despesas de exercício da cooperativa em seu art. 80 ao dispor que “[a]s despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.” (BRASIL, 1971, online).

O Código Civil traz em seu artigo 1.095 a questão relacionada a responsabilidade dos sócios:

Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. (BRASIL, 2002, online)

A lei nº 5.764/71 “[d]efine a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências”, e em seu art. 1º dispõe a compreensão de tal política como sendo “[...] a atividade decorrente das iniciativas ligadas ao sistema cooperativo originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu interesse público.” (BRASIL, 1971, online). Ressalta-se que tal política instituída por uma lei de 1971 requer observâncias na aplicação desta lei em face dos supervenientes comandos constitucionais e infraconstitucionais a partir a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

O artigo 3º da referida lei atenua que a cooperativa denota de uma estrutura de prestação de serviços por parte dos associados sem objetivo de lucro: “[...] celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.” (BRASIL, 1971, online)

O art. 4º da Lei 5.764/71 elenca outras características dentre as quais encontram-se disposições capazes de distinguir sociedade cooperativa das demais, dentre as quais algumas já abordadas acima, mas citando abaixo na íntegra a redação do referido dispositivo legal:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. (BRASIL, 1971, online)

Com isso tem-se que para que se institua uma cooperativa é imperativo que as características elencadas sejam cumpridas, sob pena de descaracterização como cooperativa pela Política Nacional de Cooperativismo.

A Lei 5.764/71 explicita em seu art. 5º a amplitude da cooperativa, sendo que não impede nenhum ramo de serviço para a sua instituição:

Art. 5º. As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação. (BRASIL, 1971, online).

Tem-se ainda definido pela Lei supracitada a inexistência de vínculo empregatício entre os membros o que acarreta a não incidência de subordinação entre si, o que existe é um regime de colaboração, como está descrito no artigo 90 da Lei 5.764/74 ao dispor que “[q]ualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados. (BRASIL, 1971, online).

Feita a análise sobre algumas normas relativas ao cooperativismo no Brasil, verifica-se que o cooperativismo almeja equilibrar a sociedade no seu aspecto tanto social e quanto economicamente. Dentre os diversos ramos de atividades organizáveis por meio de cooperativas, verifica-se como abordagem pertinente ao objeto de estudo desta monografia a análise sobre a cooperativa de trabalho tendo em vista a verificação de sua hipótese de constituição para os profissionais do sexo.

3.3 Cooperativa de trabalho e sua hipótese para os profissionais do sexo

Esse ramo de cooperativas encontra-se atualmente regulamentado pela Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, que, dentre outras providências, “[d]ispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho [...]” (BRASIL, 2012, online). Além disso, segundo dispõe o seu art. 1º, “[a] Cooperativa de Trabalho é regulada por esta Lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis nos 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -Código Civil. ” (BRASIL, 2012, online).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia demonstra característica basilar na constituição de uma cooperativa de trabalho:

[...] a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, prestando serviços sem nenhuma intermediação nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa). (GARCIA, 2012, p.78)

O artigo 2º da Lei 12.690/12 explicita que a cooperativa de trabalho é aquela que os associados têm como finalidade principal a melhoria de salários e condições de trabalho pessoal, dispensando a intervenção de um patrão ou empresários:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. (BRASIL, 2012, online).

A nova lei traz em seu artigo 3º os princípios e valores atribuídos a uma cooperativa de trabalho:

Art. 3º A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores:

- I - adesão voluntária e livre;
- II - gestão democrática;
- III - participação econômica dos membros;
- IV - autonomia e independência;
- V - educação, formação e informação;
- VI - intercooperação;
- VII - interesse pela comunidade;
- VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;
- IX - não precarização do trabalho;
- X - respeito às decisões de assembleia [sic], observado o disposto nesta Lei;
- XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social. (BRASIL, 2012, online)

O art. 4 da Lei 12.690/12 divide a cooperativa de trabalho em duas sendo elas a cooperativa “de produção” e a “de serviço”, dando as seguintes definições:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

- I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e
- II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. (BRASIL, 2012, online)

No que se refere à cooperativa de serviço faz-se necessário enfatizar essa regra de que esta espécie de cooperativa não deve ter a presença dos pressupostos para configuração de relação de emprego, pois a presença de tais pressupostos para os profissionais do sexo incidiria inequivocamente no art. 230 do Cód. Penal, uma vez que é proibido tirar proveito da prostituição alheia.

A Lei de Cooperativas de Trabalho, traz especificações para sua constituição que buscam estabelecer veridicidade nas cooperativas, visando evitar delitos e fraudes, elementos como a autonomia e autogestão, elencados no art. 2º da Lei 12.690/12, e essas especificações tornam a cooperativa de trabalho possível de compatibilização com a atividade exercida pelo profissional do sexo, sendo possível uma interpretação jurídica capaz de não enquadrar tal cooperativa às tipificações impostas pelo Código Penal sobre atividades relacionadas a prostituição.

De certo modo, é possível afirmar que a CBO acaba exercendo uma função de integrar as ocupações em políticas públicas que almejam melhores condições trabalhistas, o que está em consonância com a cooperativa de trabalho, que almeja melhores condições de higiene, segurança, saúde, e direitos sociais etc. Daí, agregando a inserção dos profissionais do sexo na CBO através do seu código

“5198-05” (BRASIL, MTE, 2010, p. 809, grifo do autor) com o conceito e princípios da cooperativa de trabalho previstos na legislação vigente, tem-se reforçada a linha de entendimento capaz de confirmar a hipótese de enquadramento tipo de profissional nessa forma de cooperativa.

O artigo 4º da Lei 12.690.12, traz duas espécies de cooperativas de trabalho sendo a “de produção” e a “de serviço” (BRASIL, 2012, online), sendo que para o profissional do sexo torna-se inaplicável a sua organização sob a espécie de cooperativa de produção, uma vez que a atividade básica de tal tipo de profissional não corresponde em produzir bens e a cooperativa também não pode ser detentora de todos os meios de produção, pois de tal modo a prática esteja possível de ser interpretada na configuração criminal “tirar proveito da prostituição alheia” (BRASIL, 1940, online). Com isso, é possível entender no sentido de que a espécie de cooperativa de trabalho com maior possibilidade de interpretação como adequada para o profissional do sexo seria a cooperativa de serviço, desde que a prestação da atividade profissional se dê de maneira que corretamente não se configure em vínculo empregatício.

A lei 12.690/12 possui em seu artigo 7º o rol de direitos básicos garantidos ao associado de uma cooperativa de trabalho:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII - seguro de acidente de trabalho. (BRASIL, 2012, online).

O artigo 8º da Lei 12.690/12 traz ainda obrigações sanitárias e de segurança do trabalho ao dispor que “[a]s Cooperativas de Trabalho devem observar as normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes.” (BRASIL, 2012, online)

Cabe ainda ressaltar que é de competência do Estado a fiscalização e o cumprimento desta Lei, mais especificamente do Ministério do Trabalho e Emprego, como se encontra citado no artigo 17 da Lei 12.690/12: “Art. 17. Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de sua competência, a fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei.” (BRASIL, 2012, online).

De acordo com o vem sendo abordado em outros itens desta monografia, compreende-se que os profissionais do sexo, em sua grande parte, carecem de inclusão social e de um mínimo de dignidade na profissão. Daí, feita a análise dos artigos 7º e 8º da Lei 12.690/12, que asseguram direitos trabalhistas fundamentais e de proteção para o associado, fica implícito que esses direitos abrandariam a marginalização dos profissionais do sexo e eles teriam melhor escopo social.

A sistemática da cooperativa de trabalho exerceria uma função de instrumento, previamente existente no ordenamento jurídico, capaz de viabilizar melhor inclusão social aos profissionais do sexo, com os direitos básicos arrolados pelo art. 7º da Lei 12.690/12, bem como as obrigações sanitárias e de segurança do trabalho na forma de seu art. 8º, concederiam um mínimo de dignidade humana a essas pessoas.

Assim como na Lei 5.764/74, a Lei das cooperativas de trabalho (12.690/12) explicita o que é livre a adoção de qualquer gênero de serviço como objeto social da Cooperativa de Trabalho: Art. 10º A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social. (BRASIL, 2012, online).

O artigo 10 da Lei 12.690 traz ainda em seu § 3º a limitação na admissão de associados: “[a] admissão de sócios na cooperativa estará limitada consoante as possibilidades de reunião, abrangência das operações, controle e prestação de serviços e congruente com o objeto estatuído.” (BRASIL, 2012, online).

O sistema de cooperativa delimita expressamente a forma de adimplemento da função do associado, em seu artigo 13 da Lei 12.690/12:

Art. 13. É vedado à Cooperativa de Trabalho distribuir verbas de qualquer natureza entre os sócios, exceto a retirada devida em razão do exercício de sua atividade como sócio ou retribuição por conta de reembolso de despesas comprovadamente realizadas em proveito da Cooperativa. (BRASIL, 2012, online).

O artigo 14 da Lei 12.690/12 deixa expresso ainda a obrigação dos associados de anualmente deliberarem em Assembleia Geral Ordinária sobre as retiradas dos associados:

Art. 14. A Cooperativa de Trabalho deverá deliberar, anualmente, na Assembleia Geral Ordinária, sobre a adoção ou não de diferentes faixas de retirada dos sócios.

Parágrafo único. No caso de fixação de faixas de retirada, a diferença entre as de maior e as de menor valor deverá ser fixada na Assembleia. (BRASIL, 2012, online).

Ponto crucial na Lei 12.690/12 é a inserção do PRONACOOP, que é o Programa Nacional de Fomento as Cooperativas de Trabalho, estando textualizado no artigo 19 da Lei 12.690/12:

Art. 19. É instituído, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOP, com a finalidade de promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social da Cooperativa de Trabalho. (BRASIL, 2012, online).

O parágrafo único do artigo 19 da Lei 12.690/12 elenca a finalidade do PRONACOOP:

O Pronacoop tem como finalidade apoiar:

I - a produção de diagnóstico e plano de desenvolvimento institucional para as Cooperativas de Trabalho dele participantes;

II - a realização de acompanhamento técnico visando ao fortalecimento financeiro, de gestão, de organização do processo produtivo ou de trabalho, bem como à qualificação dos recursos humanos;

III - a viabilização de linhas de crédito;

IV - o acesso a mercados e à comercialização da produção;

V - o fortalecimento institucional, a educação cooperativista e a constituição de cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas;

VI - outras ações que venham a ser definidas por seu Comitê Gestor no cumprimento da finalidade estabelecida no caput deste artigo. (BRASIL, 2012, online).

O Estado através destas medidas busca fomentar o sistema de cooperativas, Pereira e Silva fazem uma ponderação geral sobre a Lei 12.690/12:

Como visto, a nova Lei de Cooperativas de Trabalho no Brasil surge com dois objetivos. Primeiro, desestimular a criação e consolidar a punição das falsas cooperativas. Segundo, apoiar a constituição e o fortalecimento de cooperativas de trabalhadores desejosos em melhorar suas condições de vida. Nesse sentido, ela se apresenta, ao mesmo tempo, como um novo instrumento de combate à precarização dos postos de trabalho; e como um passo importante para a construção de um ambiente institucional mais favorável ao

exercício do trabalho segundo bases associativas. (PEREIRA e SILVA, 2012, p.72)

Analisado o sistema de cooperativas e demonstrando o sistema de cooperativa de trabalho de serviços, conclui-se que o Estado deve fomentar a abertura de cooperativas, e é visto ainda que o objeto social é livre desde que não seja serviço ilícito e que mesmo que exista a finalidade não é a obtenção de lucro mais a melhoria de condições laborais para o associado.

O sistema de cooperativas de trabalho se encontra no ordenamento jurídico brasileiro como já observado, a Constituição Federal respalda e tem como dever fomentar a constituição de novas cooperativas, a obrigação de estímulo de cooperativismo se encontra no art. 174 §2º da CF/88:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. (BRASIL, 1988, online, grifo nosso)

Com esse posicionamento de estímulo e incentivo do governo na constituição de cooperativas, uma vez tentada a constituição de cooperativa para o profissional do sexo o Estado deveria não só apoiar como incentivar, ressaltando que, pelo foco da presente monografia, tal incentivo é no sentido de buscar inclusão social e dignidade para aqueles profissionais que se encontram prostituindo-se em condições e ambientes de marginalidade e de exclusão social.

É preciso esclarecer que a prostituição é lícita no ordenamento Brasileiro. Porém as relações associadas à prostituição são crimes, como já visto no item 2.1 da presente monografia, taxados no capítulo V Código Penal brasileiro.

Com isso se faz necessário respeitar o Código Penal, o que condiciona o trabalho sexual a determinado enquadramento para a constituição de cooperativa. Os artigos que influem no condicionamento do enquadramento do trabalho sexual são respectivamente os artigos 228, 229 e 230 do Código Penal.

Assim, o art. 228 do Código Penal possui o seguinte texto normativo: “[i]nduzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) [...]”. (BRASIL, 1940, online)

Daí, lexicamente pode ocorrer uma confusão com a disposição do art. 170, § 2º da CF que diz: “[a] lei apoiará e estimulará o cooperativismo [...]”. (BRASIL, 1988, online), uma vez que o art. 228 do CP, diz que é crime aspectos que incentivem a prostituição, porém é necessário esclarecer que o incentivo do Estado seria para a constituição da cooperativa para profissional do sexo e não para a prostituição. Sendo necessário ressaltar que a intenção é retirar essas pessoas da marginalização, dando-lhes condições básicas de subsistência digna.

Quanto ao artigo 229 do CP, que diz: “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) [...]”. (BRASIL, 1940, online), este artigo traz explícito em texto que para a tipificação penal é necessária que a atividade sexual ocorra por exploração, tendo então que enquadrar a cooperativa do profissional do sexo como serviço – e não exploração – que evade os pressupostos da relação de emprego como decorre no art. 4º, inciso II, da Lei 12.690/12:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

[...]

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. (BRASIL, 2012, online)

Deve-se mencionar ainda que a Lei 12.690/12 exige que não exista distribuição de verbas entre os associados, sendo permitida apenas a retirada devida em contraprestação do serviço prestado, o que excluiria o fator “exploração sexual”:

Art. 13. É vedado à Cooperativa de Trabalho distribuir verbas de qualquer natureza entre os sócios, exceto a retirada devida em razão do exercício de sua atividade como sócio ou retribuição por conta de reembolso de despesas comprovadamente realizadas em proveito da Cooperativa. (BRASIL, 2012, online).

O artigo 13 da Lei 12.690/12 deixa claro também que as cooperativas se esquivam do art. 230 que trata do crime de Rufianismo: “Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça [...]” (BRASIL, 1940, online), uma vez que cada sócio da cooperativa retira o devido em razão do exercício de seu trabalho.

Dito isso os profissionais do sexo se organizando e cumprindo as exigências legais para a constituição de cooperativa de trabalho de serviço, supostamente não

deveriam ser impedidos, sendo que a liberdade de associação é um princípio fundamental de nossa Constituição em seu art. 5º inciso XVII: “[...] é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar [...]” (BRASIL, 1988, online).

CONCLUSÃO

Consubstanciado pela licitude da profissão sexual, pela função do Estado na inclusão social, pela análise doutrinária e jurisprudencial do que foi abordado, é demonstrado que a possibilidade jurídica de constituição de cooperativa de serviço não está plenamente descartada para o profissional do sexo. Porém, a licitude de sua constituição ainda possui riscos na sua interpretação jurídica, principalmente no âmbito criminal.

Evidenciado o problema social existente perante o profissional do sexo, o Estado precisa buscar ou viabilizar medidas para efetiva inclusão social dessas pessoas, sendo o sistema de cooperativas de serviço um instrumento de inclusão social eficaz, uma vez que possui características e condições pertinentes ao profissional do sexo, que garantem direitos fundamentais ao associado.

As análises dos elementos da presente monografia levam a conclusão que hipoteticamente, no plano teórico, os profissionais do sexo possuem condições jurídicas de constituir cooperativa de trabalho de serviço, visando melhores condições de vida, e amparados pelos direitos humanos e os princípios constitucionais, e as leis de cooperativas vigentes.

A presente monografia demonstra uma linha de entendimento no sentido de que as cooperativas trabalho de serviço para profissionais do sexo – embora ainda haja riscos de interpretação jurídica predominar-se no sentido de ainda compreendê-las como ilícitas – são possíveis de não se configurarem dos crimes relacionados à prostituição elencados no Código Penal, uma vez que, a princípio, não buscam incentivar a prostituição nem dificultar sua saída, como descrito no art. 228 do CP, tampouco incide também no art. 229 do CP, que diz respeito a manter casa de prostituição onde ocorra exploração sexual, visto que o referido modelo de cooperativa paga aos sócios individualmente na proporção de seus serviços prestados, forma de pagamento essa juntamente com a condição autônoma concedida por esse sistema de cooperativa além do fato das condições de igualdade dos membros da associação dão a entender pelo afastamento do delito de rufianismo do art. 230 do CP.

A prostituição é um fenômeno social, entretanto os tipos penais relacionados a prostituição não são agraciados pelo princípio da fragmentariedade e da adequação

social, segundo o STF, mesmo que a prostituição seja parte dos costumes aceitos pela sociedade, pois eles não são suficientes para revogar a Lei penal, o que em algumas situações o acaba por aumentar a dificuldade de efetivação de direitos fundamentais do profissional do sexo, dos princípios constitucionais que primam pela proteção dos direitos humanos, e assim viabilizando o grave fomento da marginalização dessas pessoas.

Quando buscado o conceito de prostituição ficou concluso que é um conceito mutável, que varia culturalmente e socialmente, sendo um fenômeno social recorrente. A prostituição se estabelece como um problema social, visto que os profissionais do sexo são pessoas marginalizadas em sua grande parcela.

A prostituição em suma é considerada profissão provisória, onde seu estabelecimento decorre de condições econômicas e sociais, como a pobreza e o desemprego.

Fica demonstrado nos três principais sistemas jurídicos existentes no mundo como eles definem a maneira que o país responde a prostituição, sendo eles os sistemas proibicionista, regulamentarista e abolicionista.

O Brasil se enquadra no sistema abolicionista, sendo que este opta por descriminalizar a prostituição estabelecendo o profissional do sexo como uma vítima a ser reintegrada a sociedade, criminalizando as atividades relacionadas à prostituição.

Apesar da intenção deste sistema ser a proteção do ser humano, fica evidente que acaba por não atender sua função social na atualidade, visto que os prestadores de serviços sexuais, em sua grande parcela, são pessoas marginalizadas e pouco integradas na sociedade, sendo plausível uma reanálise do melhor sistema jurídico a ser seguido.

Abordados os aspectos penais a respeito da prostituição no Brasil, fica claro que a prostituição não é penalmente ilícita, afastando o erro de se considerar a prostituição como crime, e demonstrando os principais crimes que estão relacionados à prostituição.

O trabalho demonstra que existem algumas medidas sendo estabelecidas para a inclusão social dos profissionais do sexo, um exemplo é a inclusão da prostituição pelo Ministério do Trabalho na Classificação Brasileira de Ocupações

CBO, e com isso facilitando burocraticamente a essas pessoas de se tornarem contribuintes previdenciários.

A presente monografia aponta para o sentido de haver obrigação do Estado em apoiar o cooperativismo, explicitando que o objeto social é livre, desde que não seja ilícito, como no caso da prostituição.

O objetivo de uma cooperativa de trabalho consiste no da melhoria de condições do exercício profissional para o associado, o que para um prestador de serviços sexuais se faz necessário, já que tais profissionais são pessoas, em sua grande parte, que exercem tais serviços de maneira que ficam expostas a ambientes sem condições sanitárias e de higiene devidamente adequadas, condições e ambientes propensos a riscos de sofrerem violências de quaisquer espécies, riscos à saúde, e também excluídas da percepção de direitos sociais básicos, os quais são viabilizados aos associados de uma cooperativa de trabalho.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR. Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

AZEVEDO. Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da pessoa humana**. **Revista Usp**, São Paulo, n. 53. p. 90-101, mar./mai. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/33189/35927>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BALDNER, Daniele do Carmo. **Estigma e atividade profissional: um olhar sobre o processo de profissionalização da profissão do sexo**. 2011, 203 fls. Dissertação (Mestrado em Administração) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. 2011. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_4675_.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados (CD). **Câmara dos Deputados: Atividade Legislativa: Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 98/2003: Projeto de Lei. 2017a**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em 11 mar. 2017.

_____. _____. **Câmara dos Deputados: Atividade Legislativa: Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 4211/2012: Projeto de Lei. 2017b**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em 11 mar. 2017.

_____. _____. **Projeto de Lei Nº 98 de 2003**. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=70FF5D36BC5A94FB2656EE050CC2AC13.proposicoesWeb1?codteor=114091&filename=PL+98/2003>. Acesso em: 12 dez. 2016

_____. _____. **Projeto de Lei Nº 4211/2012**. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=PL+4211/2012>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: versão atualizada até a Emenda n. 95/2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Decreto Nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017.

_____. **Lei Nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.** Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>: Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. 1991. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Lei Nº 12.690, de 19 de julho de 2012.** Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). **Classificação Brasileira de Ocupações.** 3. ed. Brasília, DF, MTE, SPPE, 2010. Disponível em: <<http://wp.ufpel.edu.br/observatoriosocial/files/2014/09/CBO-Livro-1.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 104.467 – RS. Arionildo Felix de Menezes, Janete da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 227, p. 596-602, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/227_1.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial 3: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil:** contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3.

DINIZ, Maria Ilidiana. **Silenciosas e silenciadas:** descortinando as violências contra a mulher no cotidiano da prostituição em Natal-RN. 2009. 203 f. Dissertação

(Mestrado em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/17880/1/MarialD.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

DUARTE, Darlon Costa. **A possibilidade jurídica do reconhecimento do vínculo empregatício dos prostitutas com as casas de prostituição**. 2014, 118 f. Monografia (Graduação) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2014.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES). **Apelação**. Processo n. 0024413-55.2013.8.08.0024. Ministério Público e Juan Aurelio Gomes Fernandez. Relator Desembargador Fernando Zardini Antonio. Vitória, 7 de outubro de 2015. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=24130223084&Justica=Comum&CFID=29813290&CFTOKEN=43379822>. Acesso em: 11 mar. 2017.

FARLEY, Melissa. “Bad for the Body, Bad for the Heart”: Prostitution harms women even if legalize or decriminalized. **Violence Against Women**, v. 10, n. 10, p. 1087-1125, oct. 2004. Disponível em: <<http://www.prostitutionresearch.com/Farley%20Bad%20for%20the%20Body%2C%20Bad%20for%20the%20Heart.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo. 2010.

G1 DISTRITO FEDERAL. Prostituta é agredida e estuprada depois de desistir de programa no DF. **G1**: Distrito Federal. 21 de abril de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/04/prostituta-e-agredida-e-estuprada-depois-de-desistir-de-programa-no-df.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

G1 RIBEIRÃO E FRANCA. Garota de programa é achada ferida dentro de saco em rodovia de Batatais. **G1**: Ribeirão e Franca. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/02/garota-de-programa-e-achada-ferida-dentro-de-saco-em-rodovia-de-batatais-sp.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Cooperativas de trabalho: a Lei 12.690/2012 e o direito do trabalho. **Rev. TST**, Brasília, DF, v. 78, n. 3, p. 76-92, jul./set. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/34302/004_garcia.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 mar. 2017.

GAZETA DO POVO. **Polícia acha prostituta agredida por quinteto**. GAZETA DO POVO. 29 de junho de 2007, disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/policia-acha-prostituta-agredida-por-quinteto-aj4g2csf17283wbu6jxz09fm6>> acesso em 5 dez. 2016.

GIL, Carlos Antônio. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2010.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões I**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016.

GOMES, Romeu. A Violência enquanto agravo à saúde de meninas que vivem nas ruas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, p. 156-167, 1994.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v10s1/v10supl1a11.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 6 ed. São Paulo. Atlas. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Rodrigo Alves. **Prostituição de rua: um problema de saúde pública? Contributos para o seu estudo**. 2007. 84 f. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10216/7208>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

MOURA, João Carlos da Cunha. **Direito ao corpo e sexualidade: o lugar da prostituta**. São Luís: Café & Lápis, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Método, 2016.

PEREIRA, Clara Marinho; SILVA, Sandro Pereira. A nova lei de cooperativas de trabalho no Brasil: novidades, controvérsias e interrogações. **Boletim Mercado de Trabalho – Conjuntura e Análise**, n. 53, p. 65-74, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt53_completo.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

PISCITELLI, Adriana. Violências e afetos: intercâmbios sexuais e econômicos na (recente) produção antropológica realizada no Brasil. **Cad. Pagu**. n. 42, p.159-199, jan./jul. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400420159>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

PROFISSÃO REPORTER. Indústria de artigos pornográficos movimenta R\$ 400 bilhões ao ano. **G1: Profissão Repórter**. 4 de maio de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2016/05/industria-de-artigos-pornograficos-movimenta-r-400-bilhoes-ao-ano.html>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), **Apelação Criminal n. 70065345324**. C.M.S.D. e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2015. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70065345324&ano=2015&codigo=2177946>. Acesso em: 17 mar. 2017.

RUSSO, Gláucia. No labirinto da prostituição: o dinheiro e seus aspectos simbólicos. **Caderno CRH**, Salvador, v. 20, n. 51, p. 497-515, set./dez. 2007. Disponível em:

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632173009>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). **Apelação Criminal n. 0001321-82.2012.8.24.0074**. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e A. A. de A. e M. I. V. Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, 10 de novembro de 2016. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/integra.do?rowid=AABAg7AADAAIOVzAAQ&tipo=acordao_5&nuprocesso=0001321-82.2012.8.24.0074&cdprocesso=&arq=pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. _____. **Apelação Criminal n. 2011.022089-5**. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. S. Relator Desembargador Sérgio Paladino. Florianópolis, 27 de setembro de 2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IH210000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3826911&pdf=true>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Manuel Carlos; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Direito, ciência e o corpo feminino: a prostituição como « objecto de fronteira ». **Sociedade e Cultura 4**: Cadernos do Noroeste: Série Sociologia, Braga, v. 18, p. 183-206, 2002. Disponível em: <cics.uminho.pt/wp-content/uploads/2011/07/Sociedade-e-cultura-4.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SILVA, Mario Bezerra da. Profissionais do sexo e o Ministério do Trabalho. **Universo Jurídico**. 12 de dezembro de 2008. Disponível em:

<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5999/profissionais_do_sexo_e_o_ministerio_do_trabalho_>. Acesso em: 5 dez. 2016.

SWAIN, Tânia Navarro. Banalizar e naturalizar a prostituição: violência social e histórica. **Revista Unimontes Científica**, Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 23-28, jul./dez. 2004. Disponível em:

<<http://ruc.unimontes.br/index.php/unicientifica/article/download/172/164>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

TAVARES, Manuela. Prostituição: diferentes posicionamentos no movimento feminista. **UMAR: Grupos de Trabalho: Debates**. Julho de 2006. Disponível em: <<http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

BÁRBARA DE FARIAS BETEMPS DA SILVA

Terceirização: efeitos sociais e econômicos no Brasil

Rio Grande do Sul

2016

BÁRBARA DE FARIAS BETEMPS DA SILVA

TERCEIRIZAÇÃO: EFEITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho apresentado perante banca examinadora do Curso de Direito, da Faculdade de Direito Damásio, como exigência parcial para obtenção de grau de especialização em Direito e Processo do Trabalho, sob a orientação da professora Carla Proença Costa de Souza

Bárbara de Farias Betemps da Silva

**TERCEIRIZAÇÃO: EFEITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NO
BRASIL**

Pelotas RS, ___ de _____ de 2016.

Professora Orientadora: Carla Proença Costa de Souza

Professor Examinador:

Professor Examinador:

À minha família que me proporcionou uma educação de qualidade e me apoiou em todos os momentos acadêmicos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha família pelo incentivo aos estudos, a qual sempre disse que essa era a única coisa que não poderiam me tirar. Por terem insistido comigo que, apesar das dificuldades, eu conseguiria alcançar a minha formação em Especialista em Direito do Trabalho.

A minha orientadora, Carla Proença, que esteve presente e sempre se mostrou disposta no decorrer do trabalho, indicando livros e debatendo o assunto comigo.

“Há riqueza bastante no mundo para as necessidades dos homens, mas não para as suas ambições.” Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho visa avaliar os efeitos sociais e econômicos que a sociedade e os trabalhadores vêm enfrentando diante da modalidade de trabalho que está sendo disseminada no país, a terceirização. A terceirização atualmente só é permitida para atividades – meio de uma empresa, ficando a empresa contratante da prestação de serviços responsável subsidiariamente pelos débitos trabalhistas. Contudo, há um projeto de Lei nº 4.330/2004 que dispõe sobre a regularização da terceirização, atualmente esse projeto é conhecido como Projeto de Lei Complementar 30/2015 que está tramitando no Senado, o qual visa ampliar a terceirização também para as atividades-fim, além de visar regulamentar a prática da terceirização e reduzir os conflitos jurídicos desse tema. Diante disso, vamos analisar os efeitos da terceirização atualmente no país e como seria o seu funcionamento com a implantação do novo projeto de Lei.

Palavras-chave: terceirização, regulamentação na lei, Projeto de Lei n 4.330/2004, Projeto de Lei Complementar 30/2015.

ABSTRACT

This study aims to assess the social and economic effects that society and workers are facing on the working mode that is being spread in the country, outsourcing. Outsourcing is currently only allowed for activities - through a company, being the contractor providing services responsible alternative for labor debts. However, there is a draft law No 4330/2004 provides for the regulation of outsourcing, currently this project is known as Project of Complementary Law 30/2015 which is being processed in the Senate, which aims to expand outsourcing also for core activities , and aim to regulate the practice of outsourcing and reduce legal conflicts that theme. Therefore, we analyze the effects of outsourcing in the country today and how would its operation with the implementation of the new draft law.

Keywords: outsourcing, regulation by law, Bill No 4330/2004, Complementary Law

Project

30/2015.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Principais formas de terceirização no Brasil	15
Tabela 2 – Trabalhadores em condições análogas a de escravo no Brasil	31
Tabela 3 – Vantagens e desvantagens da terceirização	51

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação de Leis Trabalhistas
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CPT	Comissão Pastoral da Terra
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DETRAE	Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
EC	Emenda Constitucional
EPI	Equipamento de Proteção Individual
MPT	Ministério Público do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
PL	Projeto de Lei
SINAIT	Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O SURGIMENTO E OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	14
2.1 Conceito e introdução histórica	14
2.2 Os impactos sociais e econômicos da terceirização na sociedade	23
2.2.1 O calote pelas empresas prestadoras de serviços	26
2.2.2 O maior índice de mortes e acidentes no trabalho.....	27
2.2.3 A precarização dos direitos dos trabalhadores	29
2.2.4 A discriminação e o repúdio que sofrem os trabalhadores terceirizados	30
2.2.5 A alta incidência de trabalhadores terceirizados em condições análogas a de escravo e de aumento da taxa de trabalho infantil nos trabalhadores que laboram nessa condição	32
3 EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	36
3.1 Modalidades de terceirização lícita e ilícita e a configuração de vínculo empregatício	36
3.2 A responsabilidade jurídica das empresas contratantes e das tomadoras de serviço	42
3.2.1 A responsabilidade solidária e subsidiária nas empresas tomadoras e prestadoras de serviços.....	44
3.2.2 A responsabilidade do serviço público.....	48
4 COMO O PROJETO DE LEI 4.330/2004 PODERÁ AUMENTAR OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA TERCEIRIZAÇÃO	51
5 CONCLUSÃO.....	61
6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa investigar os efeitos da modalidade de trabalho conhecida como terceirização no Brasil, assim como os seus impactos socioeconômicos, bem como os benefícios e os prejuízos que tal atividade traz para os trabalhadores e a sociedade como um todo.

A terceirização caracteriza-se de forma simples, como a intermediação de trabalho entre duas ou mais empresas, onde uma empresa ou a administração pública subcontrata outra empresa (prestadora de serviços) para que desempenhe determinado serviço específico para a “empresa-mãe”, assim a tomadora de serviços contrata trabalhadores (obreiros), que realizam o trabalho em detrimento das duas empresas, mas só assumem o vínculo trabalhista com a prestadora de serviços.

Tal fenômeno é atualmente novo no Brasil, não existindo previsão legal sobre o assunto na Convenção Coletiva de Trabalho (CLT) visto que a mesma foi confeccionada em 1940, havendo apenas uma previsão jurídica disposta na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que visa regulamentar o assunto.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) prevê como hipóteses de terceirização lícita as seguintes situações sócias jurídicas: situações empresariais que caracterizem o trabalho temporário, as atividades de vigilância, atividades de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, que serão exploradas no decorrer do trabalho.

Fica expresso também na súmula 331 que deve configurar a inexistência de pessoalidade e subordinação do trabalhador com o tomador do serviço, caso contrário haverá fraude trabalhista e que caso não haja adimplência pela prestadora de serviços, ficará responsável subjetivamente e solidariamente a tomadora de serviços.

Ocorre que tal modalidade de trabalho cresceu de forma absurda nos últimos anos no país, sendo o único precedente normativo insuficiente para dirimir os litígios e dúvidas surgidas diante da nova modalidade.

Nesse sentido, há um projeto de Lei de nº 4.330/2004 ou agora com a denominação Projeto de Lei Complementar nº 30/2015 (no decorrer do trabalho vamos nos referir aos dois projetos simultaneamente eis que visam o mesmo objetivo) tramitando no Senado, de autoria do ex-deputado Sandro Mabel, que tem o objetivo de regulamentar essa modalidade de trabalho, dispondo sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho dele decorrentes.

Além disso, tal projeto visa expandir o disposto na Súmula 331 do TST, estendendo a terceirização não somente para as atividades meio, mas também para as atividades fim da empresa alterando substancialmente o que vem sendo convencionado na lei, assim como outras disposições.

Nesse sentido, vamos analisar se o Projeto de Lei nº 4.330/2004 realmente irá produzir melhoras na vida dos obreiros ou se será um retrocesso, que somente irá mascarar a situação atual, sob a justificativa de melhor eficiência da empresa contratada e de gerar mais direitos aos trabalhadores, sendo possível que sua implementação venha a afrontar gravemente os direitos humanos e trabalhistas, assim como a sua execução irá produzir inúmeras ilegalidades que venham a surgir dessa condição.

2 O SURGIMENTO E OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1 Conceito e introdução histórica

A terceirização surgiu durante a II Guerra Mundial, quando os Estados Unidos aliaram-se aos países europeus para combater as forças nazistas e também o Japão. Os dados apontam que na época as indústrias de armamento não conseguiam abastecer o mercado, dessa forma para suprir a demanda de produtos, começou-se a terceirizar as atividades de suporte.

No entendimento de Rubens Ferreira¹, não é possível dizer que antes desse momento tenha havido a terceirização, pelos seguintes motivos:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

A terceirização na iniciativa privada, conforme afirmam Leiria & Saratt² (1995- p.22), teria surgido nos Estados Unidos antes da Segunda Guerra Mundial e consolidou-se como técnica de administração empresarial a partir da década de 50 com o desenvolvimento acelerado da indústria.

Nesse sentido, pode-se dizer que a partir de 1950 essa modalidade de trabalho começou a ser utilizada reiteradamente nos países mais desenvolvidos.

A palavra “terceirização” utilizada no Brasil equivale ao termo inglês “outsourcing”, que, literalmente, significa “fornecimento vindo de fora”.

De forma simples, pode-se dizer que terceirização caracteriza-se como um novo modelo de trabalho que passou a ser utilizada no Brasil principalmente nas últimas três

¹ MEIRELES, Livia Maria da Silva. **Terceirização**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23148-23150-1-PB.pdf> Acesso em: 30 de março de 2016

² IMHOFF, Márcia e MORTARI, Aline Perico. **Terceirização vantagens e desvantagens para as empresas**. Disponível em: http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/Gestao/terceirizacao_vantagens_desvantagens.pdf Acesso em: 04 de abril de 2016

décadas do século XX, com o surgimento das primeiras multinacionais, principalmente as indústrias automobilísticas.

Tal modelo de trabalho se funda na seguinte premissa: uma empresa subcontrata outra para que preste serviço especializado, a qual então contrata trabalhadores que iram desenvolver esse trabalho sem assumir vínculo empregatício com a empresa principal ou “empresa-mãe”.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado³, entende que a terceirização pode ser caracterizada como sendo:

O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, o prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes, a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Ainda, no entendimento da jurista Ives Gandra Martins Filho⁴, terceirização é a “transferência de parte das atividades de uma empresa para outra, que passa a funcionar como terceiro no processo produtivo, entre trabalhador e a empresa principal (intermediação de mão de obra) ou entre o consumidor e a empresa principal (prestação de serviços)”.

Também, pode ser compreendida nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento⁵, que define como “o processo de descentralização das atividades da empresa no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de um modo unificado numa só instituição”.

O surgimento da terceirização no Brasil ocorreu segundo a jurista Alice Monteiro de Barros⁶, pelo fato de que a modalidade de trabalho tipicamente existente no Brasil abrangida pela CLT de empregado contratado, não se adaptaria as necessidades das empresas modernas e não seria economicamente produtiva no processo econômico de mercado, alavancando dessa forma a terceirização.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR. P. 435.

⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. P.62

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2000. P.193

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição. 2010. Editora LTD. P.452.

Segundo afirmam Marcelino e Cavalcante (2012)⁷, as principais formas de terceirização existentes atualmente no Brasil, são:

Principais formas de terceirização existentes no Brasil

Formas	Definição	Alguns locais de atuação
Cooperativas	Contratada pela empresa principal e os trabalhadores passam a receber por produção.	Escolas, faculdades, empresas prestadoras de serviços.
Empresas que pertencem a uma rede de fornecedores para uma empresa principal	Considerada uma forma de subcontratação menos precária, mais organizada. É a mais difícil de ser caracterizada como tal, devido à importância que as empresas de autopeças têm no mercado de trabalho brasileiro. Trata-se de uma cadeia ampla de trabalho subcontratado que converge para o produto final de uma ou mais empresas principais. No caso do setor automotivo, houve de grande transferência dos setores da produção para as redes de subcontratação.	Autopeças para montadoras
Empresas externas á contratante	Subcontratadas para tarefas específicas	Centrais de tele atendimento e construtoras
Empresas de prestação de	Forma clássica de	Setor produtivo e no de

⁷ LYKAWKA, Liliane apud Marcelino e Cavalcante. **O trabalho terceirizado: reconhecimento, valorização e satisfação**. Porto Alegre. 2013. P.15. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/76594/000879009.pdf?sequence=1> Acesso em: 10 abril de 2016

serviços internos a contratante. Desenvolvem atividades dentro da empresa contratante	terceirização, as relações são estabelecidas de forma clara. São empresas contratadas de maneira exclusiva ou não, de modo permanente ou não.	serviços, na iniciativa privada e nos serviços públicos. Atividades de limpeza, jardinagem, manutenção, segurança e outras.
Personalidade jurídica (PJ) caracteriza-se por uma empresa sem empregados, constituída por uma pessoa	Forma de terceirização crescente no cenário brasileiro, por diminuir sensivelmente os custos com as forças de trabalho (a sua própria) e a carga tributária que recai contra os contratantes.	Setores que prestam serviços de informática, arquitetura, engenharia e outros.
Quarteirização, ou seja, “terceirização em cascata” é o processo que abarca várias possibilidades de subcontratação por empresas já subcontratadas	Processo comum nas redes de subcontratação e nos processos de terceirização dentro das refinarias brasileiras	Refinarias, setores automotivos.

Fonte: Liliane Lykawka baseado nos dados de Marcelino& Cavalcante

A terceirização é um fenômeno novo no Brasil, o qual tomou proporções maiores nas últimas três décadas do século passado. Foi nessa época que começaram a surgir referências normativas sobre essa modalidade de trabalho, contudo tal regra ainda era restrita ao seguimento público.

Uma das primeiras referências sobre o tema, foi o Decreto Lei nº 200/67⁸, que visava estabelecer normas sobre a administração federal e estabelecia diretrizes para a reforma administrativa. Um de seus principais objetivos era a descentralização da administração pública, conforme se verifica no entendimento do Artigo 10º:

⁸ BRASIL. **Decreto Lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre organização da administração federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Revogado pela Lei 9.527/97. Acesso em: 06 de abril de 2016

Art.10A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (...)

Ainda, em seu §7º complementa:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Fica evidente com a criação desse Decreto Lei, que o objetivo do legislador é impedir a criação de vínculo empregatício entre as partes, além de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, permitindo à execução indireta de serviços, mediante contrato, desde que existisse na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ainda cabe frisar que dentro das pretensões trazidas por esse decreto, está à redução da burocracia estatal, a diminuição de custos e racionalização de sua estrutura. Cabe destacar, que infelizmente a terceirização no serviço público acaba por obstar o acesso a cargos públicos nos termos previstos na Constituição Federal.

É necessário apontar, que a Administração Pública não tem liberdade para terceirizar serviços que lhe são próprios, tais como, os serviços de segurança pública e serviços de fiscalização.

Ainda, cabe frisar que essa lei, abriu espaço para a prática da terceirização no país, inicialmente voltada a reduzir os gastos do poder público e que posteriormente acabou estimulando as empresas privadas a adotarem o mesmo modelo de trabalho, sob as perspectivas de redução de custos e maior lucratividade nos negócios.

A dúvida principal a respeito dessa lei seria sobre quais atividades poderiam ser enquadradas como passíveis de serem terceirizadas. Nesse sentido, com o posterior advento

da Lei 5.645/70⁹, foram definidas expressamente as possibilidades de aplicação. Vejamos, em seu Art.3º, § único:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão de preferência, objeto de execução, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto Lei nº 200.(...)

Percebe-se pelo texto legal, que as atividades possuem rol exemplificativo, assim como todas as atividades dispostas referem-se à atividade-meio da empresa.

No tocante ao início da terceirização no setor privado, em 1969, foi criado o Decreto Lei nº 1034¹⁰, o qual disporia sobre medidas de segurança para as instituições privadas, sendo então a primeira “extensão” da terceirização para o setor privado. Assim em seu Art.4º, determinava o seguinte:

Art. 4º Os estabelecimentos de crédito manterão a seu serviço, admitidos diretamente ou contratados por intermédio de empresas especializadas, os elementos necessários à sua vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministro da Justiça, ou, quando se tratar de serviço local, do Secretário de Segurança ou Chefe de Polícia.

Percebe-se que através desse dispositivo foi autorizada aos bancos a realização da terceirização em caráter temporário, sendo possível contratar empresas terceirizadas para prestar os serviços de segurança, cabe mencionar que tal dispositivo gerou entendimentos doutrinários diversos na época.

Nesse sentido, ainda, sobre a possibilidade de terceirização nos serviços de segurança dos bancos, com o advento da Lei 7.102/83¹¹, revogando o Decreto nº 1034/69, visava-se dirimir algumas dúvidas, reafirmando a possibilidade de terceirizar as atividades de vigilância, mas dessa vez autorizando que fossem em caráter permanente. Assim dispõe o Art.3º:

Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada; ou

⁹ BRASIL. **Lei 5.645/70, de 10 de dezembro de 1970**. Dispõe sobre diretrizes para classificação dos cargos do serviço civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm Acesso em: 10 de abril de 2016

¹⁰ BRASIL. **Decreto Lei nº 1034/69, de 21 de outubro de 1969**. Dispõe sobre medidas de segurança para instituições bancárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11034.htm. Revogado pela Lei 7102/83. Acesso em: 08 de abril de 2016

¹¹ BRASIL. **Lei 7.102/83, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre medidas de segurança em estabelecimentos financeiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm . Acesso em: 12 de abril de 2016

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Nos estabelecimentos financeiros estaduais, o serviço de vigilância ostensiva poderá ser desempenhado pelas Polícias Militares, a critério do Governo da respectiva Unidade da Federação.

Outra norma jurídica que surgiu no período foi a Lei 6.019/74, caracterizada como a Lei do Trabalho Temporário, que embora não trate especificamente da terceirização, trouxe uma modalidade de trabalho que difere da forma clássica prevista na CLT e que por sua vez viria a fixar regras menos favoráveis aos trabalhadores submetidos aos contratos de trabalho por prazo indeterminado.

Conforme preceitua o jurista Maurício Godinho Delgado¹², o trabalhador temporário se caracteriza como:

É aquele que, juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa, para atender a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.

Ainda, a lei especifica as hipóteses em que se enquadra a utilização do trabalho temporário, tais como, dispõe em seu Art.2º:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, **para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. (GRIFOS NOSSOS).**

Interpretando o artigo acima, entendem-se como necessidade transitória de substituição de seu pessoal, acontecimentos como, por exemplo, férias e licenças previdenciárias e no tocante a acréscimo extraordinário de serviços, considerando que haja um grande aumento de produção ou de vendas.¹³

Cabe frisar que até o presente momento, as leis apresentadas, previam uma terceirização temporária ou limitada, por assim dizer, levando em consideração que na modalidade de trabalho temporário é restrita contratação pelo período de três meses e na Lei 7.102/83 a terceirização abrange somente a área específica de vigilância.

Ainda, conforme se vislumbra pela situação atual vigente do país e pelo contingente de trabalhadores laborando sob essa modalidade de trabalho, percebe-se que a terceirização

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P.461.

¹³ Idem.

expandiu-se pelo país independentemente de regulamentação própria na lei, tendo em vista que os trabalhadores precisaram se submeter a essa forma de trabalho para sobreviver, não se restringindo somente as duas hipóteses acima citadas.

No ano de 1994, surge uma nova lei que introduz um conceito mais abrangente dos já estudados, a Lei nº 8.949/94¹⁴ que vem a alterar o Artigo 442 da CLT, acrescentando em seu § único, o seguinte:

“Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

O intuito dessa regra seria retirar do polo jurídico as relações próprias da cooperativa, desde que não estivesse presente de fato o vínculo empregatício entre os trabalhadores e a presente cooperativa, favorecendo os trabalhadores autônomos.

Percebe-se que o fenômeno da terceirização veio bagunçando a relação de trabalho disposta nos Art.2º e 3º da CLT, os quais pelo seu dispositivo se limitam a:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Percebe-se que o conceito de empregado e empregador criado em 1940, mas vigente até os dias atuais, conduz a uma insegurança jurídica no tocante a aplicação da terceirização pelo legislador.

¹⁴BRASIL. **Lei 8.949/94, de 09 de dezembro de 1994.** Dispõe sobre a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Disponível em :<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103564/lei-8949-94> Acesso em: 11 de abril de 2016

No mesmo ano, em 1994, foi editada a Súmula 331 do TST, alterando a Súmula 256 do mesmo instituto que vinha trazendo problemas conforma aponta Sérgio Pinto Martins¹⁵:

O Ministério do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existem, mitigando a aplicação da Súmula 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal acabou dando origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria – Geral do Trabalho, em 20 de maio de 1993, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de que a empresa iria, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação. A Procuradoria-Geral do Trabalho já havia encaminhado expediente ao Presidente do TST, protocolado sob o nº 31.696/93.4, em 6-10-93, requerendo a revisão parcial da Súmula 256 do TST, para retirar de sua órbita as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, indireta, autarquia e fundacional e, também, os serviços de limpeza.

Atualmente, a Súmula 331 do TST¹⁶ é a nossa base jurídica da terceirização. Nela está disposto o seguinte:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

¹⁵MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p.133.

¹⁶TST. **Súmula 331, de 31 de maio de 2011**. Dispõe sobre a terceirização. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html Acesso em: 15 de abril de 2016

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Percebe-se que a Súmula 331 veio para suprir as deficiências da Súmula 256 e dentre alguns avanços acabou acatando a vedação constitucional de contratação de servidores públicos sem ser pela modalidade concurso público.

Também, buscou distinguir o que seriam as atividades meio e atividades fim, bem como identificar o que seria uma terceirização lícita e uma terceirização ilícita, por fim delimitou a responsabilidade dos tomadores e prestadores de serviço.

Por fim, chegamos ao Projeto de Lei nº 4.330/2004 que tramita atualmente no Senado e se aprovado virá a substituir a Súmula 331 do TST no tocante a legislar sobre a terceirização, tal projeto em sua justificativa visa dispor sobre os contratos de prestação de serviços a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes e também criar segurança jurídica através da lei que irá estabelecer as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços, almejando garantir os direitos dos trabalhadores.

Tal projeto é alvo de divergências de entendimento pelos juristas e magistrados, pois há aqueles que acreditam que o projeto de lei trará melhorias para a população e argumentam que com a aprovação da lei existirá maior segurança jurídica sobre o tema, assim como ganhos e eficiência na produtividade das empresas.

Já o público divergente que se manifesta contra a aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004, afirmando que tal projeto é um verdadeiro retrocesso social e que se aprovado irá trazer uma perda significativa dos direitos trabalhistas e embora traga um aumento da produtividade, com vínculo entre trabalhadores e empregadores estará enfraquecido.

Sendo essa discussão melhor explanada no último capítulo do trabalho.

2.2 Os impactos sociais e econômicos da terceirização na sociedade

Como vamos demonstrar a seguir, a terceirização diferentemente da imagem que se tenta passar de uma modalidade de trabalho moderna, nada mais é que uma forma de trabalho arcaica que priva os trabalhadores de direitos constitucionais que deveriam ter garantidos no contrato de trabalho.

Segundo uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria¹⁷ (CNI), fica evidente que o maior interesse das empresas ao terceirizar é em 91% dos casos, reduzir os custos de produção bem como reduzir os gastos com os trabalhadores e em apenas 2% delas terceirizam em busca de um trabalho especializado.

Nesse sentido, percebe-se que impossível se torna executar o trabalho dessa maneira, sem que os trabalhadores saiam “perdendo” em termos de direitos e benefícios econômicos.

A partir de dados levantados pela DIEESE¹⁸ vamos demonstrar as condições de trabalho terceirizado atualmente no Brasil.

Primeiramente, a pesquisa aponta que cerca de 12,7 milhões de trabalhadores no ano de 2013 trabalhavam como terceirizados, o que representa uma média de cerca de 26,8 % dos trabalhadores ativos no mercado de trabalho brasileiro. Cabe frisar que esse número tende a ser muito maior, tendo em vista que a grande maioria dos obreiros labora no mercado informal, sem possuir a carteira de trabalho assinada.

No tocante a remuneração, percebe-se que os obreiros terceirizados recebem em média 24,7% a menos do que os trabalhadores tipicamente contratados e no que se refere à jornada de trabalho, a pesquisa aponta que os trabalhadores terceirizados laboram em média 3 horas a mais por semana que os trabalhadores tipicamente contratados.

Uma constatação feita por esse estudo da DIEESE garante que se a jornada de trabalho entre trabalhadores terceirizados e contratados fosse à mesma, seria possível a criação de pelo menos 882.959 vagas de trabalho a mais!

Tal constatação gera o questionamento de o porquê então não são criadas essas vagas, já que abrangeriam um número muito maior de trabalhadores e a resposta infelizmente é que não há o interesse por parte das empresas em criá-las, tendo em vista que o trabalhador terceirizado é mais barato e sucessivamente gera mais lucros na empresa.

Ainda, no que refere a permanência no emprego, a taxa de manutenção no emprego é de em média 5,8 anos para os trabalhadores diretos e em contrapartida para os terceirizados é somente de 2,7 anos.

Outra questão apontada pelo auditor fiscal do trabalho, Vitor Filgueiras¹⁹, é de que o Projeto de Lei 4.330/2004 promoveria uma onda de trabalhadores que jamais receberiam o

¹⁷ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha apud CNI**. 2011. P.9. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

¹⁸ RAIS 2013. Elaboração: DIEESE/CUT Nacional, 2014. P. 13

¹⁹ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 08 de abril de 2016

seguro desemprego, tanto pela ausência de vínculo empregatício como por não completar os 18 meses necessários para ter acesso ao seguro, levando a uma redução drástica de direitos.

Em suas palavras, explica:

O que o governo está efetivamente promovendo é uma provável geração de trabalhadores que nunca terá acesso ao seguro-desemprego. De todos os contratos firmados em 2013, 41,2% foram encerrados antes do fim do ano. A participação de jovens entre esses desligados é 50% superior à participação de jovens entre os trabalhadores que permaneciam empregados no final do ano (27,9% contra 18,7%).

Mais de 2 milhões de trabalhadores que acionaram o Seguro em 2014 não teriam acesso ao benefício após a MP 665, conforme anunciou o próprio Ministério do Trabalho. Para um primeiro pedido, simplesmente metade dos trabalhadores requerentes não teria direito ao seguro-desemprego.

Se a MP for mantida, provavelmente grande parte dos trabalhadores que entra agora não completará 18 meses nos moldes exigidos e nunca terá acesso ao Seguro, recrudescendo sua vulnerabilidade e precarização, em benefício de um padrão de gestão da força de trabalho predatório e com limites cada vez mais improváveis.

Percebe-se que os terceirizados são os mais atingidos pelo desemprego e com esse ritmo de vida transitam com dificuldade pelo ambiente de trabalho, tendo em vista que pelas condições laborativas que se expõem não conseguem progredir tanto na vida financeira, pois não lhe são alcançados todos os benefícios a que fazem jus os trabalhadores diretamente contratados.

Assim, também não conseguem investir em capacitação profissional devido em parte a falta de investimento da empresa em cima dos obreiros terceirizados e também pela alta rotatividade de emprego eles não conseguem tornar-se “especialistas” no desempenho de uma função.

Muitos dos argumentos utilizados para justificar os salários inferiores dos trabalhadores terceirizados caem por água a abaixo, tendo em vista que era difundido por alguns estudiosos que os trabalhadores recebiam menos porque trabalhavam em empresas menores e possuíam menor escolaridade.

Ocorre que conforme os dados levantados pela pesquisa realizada pela DIEESE, mais da metade dos trabalhadores terceirizados trabalham em empresas com o número de funcionários acima de 100, caracterizando empresas de grande porte e no tocante ao nível de escolaridade, verifica-se que no tocante aos anos de estudo é bastante próximo à média de escolaridade dos trabalhadores tipicamente contratados e dos terceirizados.

O fato é que realmente os trabalhadores terceirizados possuem um nível escolar inferior aos trabalhadores tipicamente contratados, mas não é algo substancial, que seja uma determinante para o pagamento inferior que recebem.

Nesse sentido, não há uma diferença gritante, pois os dados apontam que cerca de 58,5% dos trabalhadores terceirizados possuem nível médio ou formação superior e cerca de 72,7% desse mesmo nível enquadram-se os trabalhadores tipicamente contratados.

Agora, vamos demonstrar alguns dos problemas mais vivenciados pelos trabalhadores terceirizados, caracterizando-se como o lado obscuro da terceirização, que explana como, por exemplo, o calote que sofrem das empresas terceirizadas, os acidentes e mortes no trabalho, a precarização de direitos, a discriminação e preconceito a que são expostos nos postos de trabalho e também a alta incidência de trabalhadores terceirizados que laboram em condições análogas a de escravo e do aumento da taxa de trabalho infantil entre os trabalhadores que laboram nesse tipo de modalidade.

2.2.1 O calote pelas empresas prestadoras de serviços

Certamente um dos maiores problemas em ser trabalhador terceirizado, é o calote das empresas, que muitas vezes sem dinheiro para prosseguir o trabalho ou ao final do contrato de prestação de serviços, abandonam os trabalhadores sem o devido cumprimento das verbas trabalhistas.

Há vastos exemplos de empresas que negligenciaram os direitos dos trabalhadores e há amplas divulgações dessas empresas no meio jurídico, vou citar o caso da empresa PH Serviços e Administração que decretou falência e demitiu milhares de trabalhadores²⁰:

A empresa PH Serviços e Administração protagonizou um calote nos governos Federal e do DF e em mais de 7.400 trabalhadores. Segundo a entidade sindical, foi o maior calote já registrado pela entidade.

Após o rompimento dos contratos de prestação de serviços com os órgãos públicos, a PH Serviços e Administração deixou de pagar salários, vale transporte e tíquete alimentação dos trabalhadores.

Outro caso bastante divulgado foi o da Petrobrás²¹, empresa que terceiriza milhares de trabalhadores e que já foi alvo de diversas ações, foi acionada na justiça por irregularidades

²⁰ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha**. 2011. P.21. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

trabalhistas bem como atrasos e falta de pagamento dos salários de diversos trabalhadores terceirizados.

Nesse sentido o Ministério Público do Trabalho (MPT) em Mossoró, ingressou com uma ação civil pública para que a empresa invista na criação de um fundo garantidor nos contratados terceirizados, tendo como objetivo evitar os calotes e dar maior segurança aos trabalhadores.

Os calotes ocorrem tanto nas empresas privadas como no setor público, o que não é incomum, tendo em vista que diversas vezes o Estado contrata empresas terceirizadas sem capital financeiro para suprir as necessidades dos trabalhadores, os quais dependem do pagamento do contrato de prestação de serviços para adimplir os obreiros. Assim, quando o estado não consegue adimplir a empresa terceirizada, os trabalhadores não recebem os seus salários, visto que a prestadora de serviço não tem verba suficiente.

Tal situação também acontece nas empresas estatais, foi o caso dos Correios que deixaram de pagar os salários dos trabalhadores terceirizados por mais de três meses, segundo afirmam os trabalhadores os atrasos eram frequentes e ainda há situações em que os contratos de trabalho estão vencendo e não foram pagos ainda nem o primeiro salário.²²

Diante dos exemplos apresentados percebe-se que levar calote da empresa prestadora de serviços é uma atitude bastante recorrente nessa modalidade de trabalho, independentemente de setor público ou privado, o não adimplemento das obrigações trabalhistas ocorre em maior número nos casos dos trabalhadores terceirizados.

Nesse sentido, novamente é possível afirmar que existe uma precarização dos direitos dos trabalhadores na modalidade de trabalho conhecida como terceirização.

2.2.2 O maior índice de mortes e acidentes no trabalho

Os trabalhadores terceirizados são os mais sujeitos a morte e a acidentes no ambiente de trabalho, é o que apontam os dados levantados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos²³(DIEESE), segundo a pesquisa uma das justificativas

²¹ REPORTER BRASIL. **Petrobrás deve resguardar créditos trabalhistas em contratos terceirizados.** Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/petrobras-deve-resguardar-creditos-trabalhistas-em-contratos-terceirizados/>. Acesso em: 12 de abril de 2016

²² GAZETA DO POVO. **Funcionários terceirizados dos correios reclamam de falta de pagamento.** Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/funcionarios-terceirizados-dos-correios-reclamam-de-falta-de-pagamento-1xq5563ggwru17k0bdms33iha> Acesso em: 09 de abril de 2016

²³ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha.** 2011. P.23. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

para essa situação, decorre em virtude da vulnerabilidade em que ficam expostos os obreiros e também leva-se em consideração que em tese esses trabalhadores desempenham funções de maior risco e bem como as empresas não investem suficientemente em medidas eficazes para prevenir os acidentes, da mesma forma que não investem nos terceirizados como trabalhador em “si”, eis que sempre se tem a ideia (mesmo que implicitamente) de que o obreiro terceirizado está somente de passagem.

Também outro fator a ser destacado é de que comumente não há o devido fornecimento e treinamento para utilização de EPI (Equipamento de Proteção Individual), ficando o obreiro exposto a condições insalubres e/ou perigosas sem proteção.

Segundo dados levantados pela Central Única dos Trabalhadores²⁴ (CUT), a cada dez acidentes de trabalho ocorridos no país, entre sete deles as vítimas são trabalhadores terceirizados.

Um dos casos bem comentados na mídia foi o do trabalhador Emanuel Neto da Rocha, terceirizado pela empresa Sem Limites que prestava serviços para a multinacional mexicana Mexichem Brasil, em Sumaré/SP, segundo apontaram os médicos o trabalhador morreu devido a uma descarga elétrica e como no momento do acidente não havia ninguém no local, a suposição é de que ele estaria trabalhando em uma ponte rolante com uma escada, sem condições de segurança apropriadas para o desempenho da atividade (leia-se sem os equipamentos de proteção individual).²⁵

Nesse sentido, conforme afirmam os dados levantados pela Fundação COGE (FUNCOGE), cerca de 69% dos acidentes fatais das contratadas, ocorreram nas atividades elétricas terceirizadas e de maior risco no desempenho do trabalho.²⁶

Ainda, observa-se pelos dados de que enquanto aconteceram 45 acidentes das empresas prestadoras de serviços (terceirizadas) com causas fatais, “somente” houve cerca de 17 acidentes de empregados próprios, com base nessa estimativa, pode-se afirmar que os acidentes com os trabalhadores terceirizados é quase 3 vezes maior do que com os trabalhadores contratados diretamente!

²⁴ CUT. **Terceirização o algóz dos acidentes de trabalho**. Disponível em: <http://www.cut.org.br/noticias/terceirizacao-o-algoz-dos-acidentes-de-trabalho-925b/> Acesso em: 10 de abril de 2016

²⁵ QUIMICOS UNIFICADOS. **Protesto contra a morte na mexichem paralisa 100% a produção em Sumaré**. Disponível em: <http://www.quimicosunificados.com.br/12106/protesto-contramorte-na-mexichem-paralisa-100-a-producao-em-sumare/> Acesso em: 17 de abril de 2016

²⁶ FUNCOGE. **Relatório de 2013**. Disponível em: <http://www.funcoge.org.br/csst/relat2013/html/comentarios.html> Acesso em: 14 de abril de 2016

Por fim, no tocante a taxa dos acidentes, se chega a seguinte conclusão: para cada morte por acidente do trabalho por trabalhador contratado diretamente, haveria cerca de três mortes de trabalhadores terceirizados.

Além disso, demonstra-se que tem sido mais eficiente a redução de acidentes com os empregados diretamente contratados do que com os terceirizados, sendo uma possível hipótese para justificar esse fenômeno, é de que possivelmente os trabalhadores contratados diretamente possuem mais acesso, tanto ao conhecimento (melhoria no desempenho das atividades), quanto aos equipamentos de proteção individual e treinamentos em maior disponibilidade, assim como mais cuidados médicos e também porque atuam em áreas de menor concentração de risco.

E dessa forma, também entende o Ministério do Trabalho e Emprego²⁷, destacando que a taxa de acidentes de trabalho ser superior no âmbito dos trabalhadores terceirizados, pode-se explicar, por serem mais negligentes com os riscos do trabalho nas empresas terceirizadas e porque as tarefas desempenhadas por esses obreiros em geral é de intensidade e de risco elevados.

Ainda, segundo afirma o estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos²⁸ (DIEESE), à terceirização tem contribuído para o aumento das taxas de morbidade e mortalidade dos trabalhadores expostos a esse ambiente de trabalho.

A realidade demonstra que a terceirização vem contribuindo, de forma significativa, para incrementar as taxas de morbidade e de mortalidade por acidente de trabalho e mesmo para encobrir seus dados negativos, aumentando também a invisibilidade deste grave problema social e de saúde pública. Longe de serem frutos do acaso, fatalidade ou negligência dos trabalhadores, as doenças e mortes causadas pelo trabalho são evitáveis. É inadmissível e injusto, portanto, que as pessoas continuem morrendo e adoecendo devido ao processo desenfreado de terceirização.

2.2.3 A precarização dos direitos dos trabalhadores

Cada vez fica mais evidente que a modalidade de trabalho conhecida como “terceirização” é o símbolo da precarização dos direitos dos trabalhadores, tendo em vista que seu objetivo maior é baratear os custos de produção pelas empresas.

²⁷ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha**. 2011. P.26. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

²⁸ Idem.

Isso se confirma, diante das inúmeras ações trabalhistas vigentes e nas condenações impostas a grandes empresas, como por exemplo, a Petrobrás, condenada a indenizar em 1 milhão os trabalhadores terceirizados por dano moral decorrente da terceirização ilícita realizada pela empresa.²⁹

A punição aplicada a Petrobrás obriga a empresa a realizar concursos para ocupar os postos de trabalho em referência aos trabalhadores terceirizados que laboravam em funções previstas no Plano de Carreira.

Nas palavras do auditor fiscal do trabalho, Vitor Filgueiras³⁰, a terceirização não é da forma que as empresas tentam mostrar para a população. Assim, assegura que:

Tenho percebido que terceirização não é o que as empresas divulgam e as pessoas normalmente reproduzem. Há inúmeras evidências de que a empresa contratante, longe de transferir a atividade para a terceirizada, continua a ter controle sobre ela. Esse controle pode ocorrer de diversas formas e por meio de inúmeros instrumentos, estando na própria raiz da terceirização nos moldes do fenômeno hoje conhecido. Basta lembrar que a própria empresa que deu nome ao toyotismo era proprietária das pessoas jurídicas interpostas.

Ainda, em relação à precarização dos direitos dos trabalhadores é muito comum que as empresas infringam o disposto na Súmula 331 do TST e terceirizem a atividade-fim. Situação essa que gera um transtorno no local de trabalho, tendo em vista que os trabalhadores contratados diretamente e os trabalhadores terceirizados passam a desempenhar uma mesma função, só que com salários e benefícios desiguais.

2.2.4 A discriminação e o repúdio que sofrem os trabalhadores terceirizados

A terceirização, além de gerar a discriminação e o preconceito envolvendo os trabalhadores terceirizados, vai muito além, ela é responsável por impactar na construção de identidade desses indivíduos.

Segundo afirma Druck³¹ em estudo realizado, ficou demonstrado que existe “um processo de desintegração, fragmentação e da formação de diferentes coletivos de

²⁹ DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha**. 2011. P.26. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

³⁰ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 08 de abril de 2016

³¹ GOMES, Tábata apud druck. **A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo. 2012 P. 134. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25072013-160108/pt-br.php> Acesso em: 15 de abril de 2016

trabalhadores, reunidos pelo trabalho que realizam, mas separados pelas identidades corporativas e profissionais”.

Torna-se impossível gerar uma construção de identidade de classe, tendo em vista que não existe um convívio diário quando se começa a terceirizar trabalhadores, não há como haver a união entre os trabalhadores diretamente contratados e os terceirizados, pelo simples fato de que são contratados com salários e benefícios diferentes, além disso, também é possível que esses trabalhadores não estejam inseridos no mesmo contexto social, apesar de estarem no mesmo lugar e desempenharem a mesma função vivem realidades completamente diferentes.

Assim como, também obviamente o trabalhador contratado diretamente vê no terceirizado uma ameaça, sendo alguém que deseja tirar o seu lugar ou mesmo que poderá perder a sua vaga na empresa como empregado contratado e ser substituído por um trabalhador terceirizado.

Essas diferenças são responsáveis por alavancar as atitudes discriminatórias aos terceirizados, não só pela empresa, mas pelos funcionários também.

Um dos casos de discriminação aconteceu na empresa Honda que contratava terceirizados pela empresa LSL, onde os trabalhadores contratados diretamente e os terceirizados usavam uniforme branco, com bonés que os diferenciavam e após uma greve dos terceirizados, esses passaram a serem destacados também pelo uso de uma calça azul no uniforme. Além da discriminação pelo uniforme, havia muitas outras de repúdio conforme afirmam os próprios trabalhadores, em estudo realizado por Paula Marcelino³²:

Eu me sinto discriminado sim. Sempre tem torneio de futebol. Aí se acontecia de nós ganharmos os caras já vinham com palhaçada. Só sei que os caras falavam assim: “Pô! São terceirizados, estão participando de favor”. Isso é palhaçada. Nós todos trabalhamos juntos ali! A gente trabalha que nem doido e tem que ficar escutando essas coisas! No dia-a-dia é o que mais tem. O pessoal da Honda só desfaz você. “Você de calça azul, você não vai querer comparar eu com você? Você só usa calça azul e minha calça branca” Eu já escutei muito isso. Eles ficam tirando sarriho. Enche o saco. (Operador de empilhadeira, 25 anos)

³² GOMES, Tábata. apud Paula. **A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo. 2012 P. 136. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25072013-160108/pt-br.php> Acesso em: 15 de abril de 2016

Além dos uniformes, também há vastos depoimentos que informam que os vestiários e refeitórios são diferentes para os terceirizados, sendo o dos últimos de pior qualidade. Assim afirma o dirigente sindical Robson Santana³³, em entrevista realizada:

[...] Uma condição reforçada pelo quadro de discriminação criado entre os próprios trabalhadores – permanentes e terceirizados -, pois os primeiros tinham as condições oferecidas pelas empresas, como o refeitório, vestiários, banheiros, etc. e resistiam em compartilhar esses espaços. Enquanto os terceirizados não podiam usar as dependências da empresa. Segundo Robson, havia uma relação de desconfiança dos trabalhadores permanentes com os terceirizados, já que estes estavam de “passagem” sem sequer ter tempo para conhecê-los e confiar neles.

Além desses aspectos externos já mencionados, os terceirizados sofrem por não conseguirem criar vínculos no ambiente de trabalho, tendo em vista a alta rotatividade, o que vêm a prejudicar a sua psique, pois a criação de uma relação sadia dentro do ambiente de trabalho é fundamental para nós humanos.

Não se tratando somente de aspectos financeiros, mas do sentimento de respeito e satisfação dentro do ambiente de trabalho, assim como sobre a saúde desses trabalhadores, que não tem os seus direitos respeitados na íntegra, caracterizando-se inclusive uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.5 A alta incidência de trabalhadores terceirizados em condições análogas a de escravo e de aumento da taxa de trabalho infantil nos trabalhadores que laboram nessa condição

O trabalho terceirizado está diretamente ligado ao trabalho escravo, é o que apontam os dados levantados pelos relatórios de ações de combate ao trabalho análogo ao de escravo do Ministério do Trabalho, uma das hipóteses para esse fenômeno é que com a extensão da cadeia produtiva, vai se perdendo o controle sobre os trabalhadores.

Os resgates realizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego para retirar trabalhadores das condições análogas a de escravo, revelam que na grande maioria os trabalhadores são contratados na modalidade terceirizada. Segundo apontam os dados³⁴:

Dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos no Brasil entre 2010 e 2013, em 90% dos flagrantes, os trabalhadores vitimados eram

³³ Gomes, Tábata apud Robson. **A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo. 2012 P. 136. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25072013-160108/pt-br.php> Acesso em: 15 de abril de 2016

³⁴ REPORTER BRASIL. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo coincidência**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/> Acesso em: 12 de abril de 2016

terceirizados, conforme dados obtidos a partir do total de ações do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo (Detrae) do Ministério do Trabalho e Emprego.

Além disso, a terceirização assim como o trabalho escravo, está diretamente ligada às condições de trabalho mais precárias, tais como trabalho degradante, exaustivo e humilhante, os dados abaixo se referem aos últimos maiores 10 resgates ocorridos no país nos anos de 2010 á 2013, para vislumbrar-se o disposto na citação acima. Conforme aponta a tabela abaixo³⁵:

Trabalhadores em condições análogas à de escravo no Brasil
(informações concernentes aos dez maiores resgates em cada ano)

Ano	Dos 10 casos, quantos envolveram terceirizados?	Terceirizados resgatados	Contratados diretos resgatados	Total de resgatados
2010	9	891	47	938
2011	9	554	398	922
2012	10	947	0	947
2013	8	606	140	746
Total	36	2998	555	3553

Fonte: Detrae(Departamento de erradicação do trabalho escravo)

Uma das principais hipóteses para que seja feita essa análise entre trabalho terceirizado e trabalho escravo é que ao implementar uma supremacia do empregador e reduzir as chances de atuação do trabalhador dentro dessa relação contratual, ocorre que por meio da terceirização existe uma tendência maior a que se ultrapasse as condições de exploração, levando ao trabalho escravo.³⁶

Dentre as atividades em que mais se encontram trabalhadores laborando sob o regime de escravidão, pode-se citar a construção civil, a mineração, a siderurgia, transporte de valores, a pecuária, a extração de sisal, fastfood, bem como alguns ramos ligados ao agronegócio como o sucroalcooleiro, têxtil, fumo, plantação de tomate, pinus, produção de suco de laranja, frigoríficos, fertilizantes.³⁷

³⁵ REPORTER BRASIL. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo coincidência**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/> Acesso em: 12 de abril de 2016

³⁶ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao de escravo: coincidência?** Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo1.pdf> Acesso em: 12 de abril de 2016

³⁷ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 08 de abril de 2016

Nas palavras de Vitor Filgueiras³⁸, esses dados são explicados, pelas seguintes hipóteses:

Pelo fato de que a terceirização potencializa o despotismo patronal, seja tornando os trabalhadores individualmente ainda mais vulneráveis, seja dificultando a imposição de limites aos ditames empresariais por ações coletivas ou por meio das instituições de regulação do direito do trabalho.

Ainda, dados levantados pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT)³⁹, revelam que em cerca de 82% dos casos de trabalhadores vivendo em condições de escravidão, resgatados nos últimos 20 anos de combate ao crime, são também trabalhadores terceirizados.

Em estudo elaborado pela Organização Internacional do Trabalho⁴⁰ (OIT), foi confeccionado um perfil sobre o trabalhador escravo e nele verifica-se que o trabalhador resgatado em sua maioria não tem registro na carteira de trabalho.

Vale ressaltar, que a escravidão contemporânea no Brasil é comumente precedida pelo trabalho infantil, em estudo também realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴¹ foi constatado que 92,6% dos trabalhadores entrevistados que foram resgatados, afirmaram que começam a trabalhar por volta dos 11 anos de idade, normalmente no âmbito familiar ajudando na lavoura.

O Frei Xavier Plassat⁴², que coordena a Campanha de Combate ao Trabalho Escravo da Comissão Pastoral da Terra, reitera outro ponto importante de debate, afirmando que existem muitos projetos tramitando no Senado Federal que visam retirar o conceito de trabalho escravo com qualquer ligação ao trabalho em condições degradantes ou a jornadas exaustivas, ocorre que se esses projetos forem aprovados impulsionaram ainda mais o absurdo que é o Projeto de Lei 4.330/2004. Sendo assim, dispõe que:

As mudanças no conceito de trabalho escravo caem como luva com relação ao PL 4330, e vice-versa. O que é muito grave! Porque nós estamos colocando o ferro contra as populações mais vulneráveis, usando um argumento comum a todos esses projetos de lei, onde dizem que o Brasil precisa de mais agilidade, mais

³⁸ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 08 de abril de 2016

³⁹ OLIVEIRA, Cida de. **Dos trabalhadores em condição análoga a escravidão, 82% são terceirizados**. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2015/08/82-dos-trabalhadores-em-situacao-analoga-a-escravidao-sao-terceirizados-4491.html>. Acesso em: 17 de abril de 2016

⁴⁰ OIT. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil**. Brasília, 2011. p.165.

⁴¹ Idem, p.114

⁴² PLASSAT, Xavier. **Mais terceirização, mais trabalho escravo**. Disponível em: <http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/trabalho-escravo/2619-mais-terceirizacao-mais-trabalho-escravo> Acesso em: 19 de abril de 2016

flexibilidade, mais terras, para poder lucrar, para reduzir o custo no Brasil, para ampliar as terras exploradas e com isso ampliar o nosso PIB. E quem se coloca contra esse argumento economicista, é atacado como se estivesse contra o progresso.

A mobilização da classe trabalhadora através do movimento sindical devia ser muito mais violenta, não no sentido do quebra-quebra, mas de criar uma outra relação de forças nas ruas e nas fábricas, porque não podemos deixar que tomem de volta todos esses direitos históricos que foram conquistados pela classe trabalhadora.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

3.1 Modalidades de terceirização lícita e ilícita e a configuração de vínculo empregatício

A terceirização pode ser dividida em duas modalidades: a terceirização lícita e a ilícita. Nesse sentido, vamos nos aprofundar nas características e nos efeitos jurídicos dessas duas modalidades.

A terceirização lícita é aquela delimitada pelo exposto na Súmula 331 do TST, a qual se divide em:

- I) Situações empresariais que autorizem a contratação do trabalho temporário;
- II) Atividades de vigilância;
- III) Atividades de conservação e limpeza;
- III) A contratação de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador;

O inciso I, dispõe o seguinte: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”.

Nessa primeira hipótese de situações empresariais que autorizem a contratação do trabalho temporário está intimamente ligada com a Lei nº 6.019/94 que dispõe sobre o trabalho temporário, e refere-se à necessidade decorrente de acréscimo extraordinário de serviços na empresa ou de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular ou permanente da empresa tomadora como, por exemplo, a substituição nas férias ou na licença maternidade.

Já a segunda hipótese de terceirização lícita, trata-se do inciso III que dispõe o seguinte: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

Nesse sentido no tocante às atividades de vigilância é em referência a Lei nº 7.102/83, atualmente qualquer serviço de vigilância pode ser terceirizado mediante empresa especializada contratada.

Cabe fazer uma distinção entre o trabalho de vigia e o de vigilante, o vigia normalmente desempenha atividades de fiscalização dos locais, faz o resguardo do patrimônio e não é abrangido pela Lei nº 7.102/83. Já o vigilante, tem a função de resguardar a vida e o patrimônio das pessoas, autorizado o porte de arma e exigido treinamento específico para a função, cabe mencionar que inclusive esse tipo de trabalhador só pode ser contratado mediante empresa especializada, devido ao fato de que precisa de um treinamento específico, principalmente por manusear arma de fogo.

Assegurou o TST que dentre os objetivos da terceirização, têm-se como ideal, a maximização da qualidade dos serviços e a diminuição dos custos operacionais.

Na terceira hipótese também ligada ao inciso III, refere-se às atividades de conservação e limpeza, foi uma das primeiras práticas a serem terceirizadas e englobam as atividades de conservação e limpeza de bens e monumentos.

Por fim, a última hipótese de terceirização lícita também ligada ao inciso III, é a possibilidade de terceirizar atividades que sejam relacionadas à atividade - meio do tomador.

Esse inciso da Súmula 331 do TST, é que é comumente desrespeitado pelas empresas e por não envolver uma discriminação de quais atividades seriam permitidas gera de certa forma uma “permissibilidade” maior.

Contudo, pela definição de atividade- fim e atividade- meio dada pela doutrina, é possível identificar quais tarefas são plausíveis de serem terceirizadas. Nesse sentido, no entendimento do jurista Maurício Godinho Delgado⁴³:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei nº 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P.450.

A professora Maria Vitória Queija Alvar⁴⁴ parafraseando o jurista Jorge Luiz Souto Maior, a respeito da atividade- meio e da atividade- fim, entende que “o verdadeiro fim de uma empresa é a obtenção de lucros e que todas as ações desenvolvidas pela empresa são acessórias a essa finalidade.”

Verifica-se que tanto a Justiça do Trabalho assim como Ministério Público, não tem poupado esforços para combater a terceirização no tocante ao trabalho exercido ligado a atividade-fim da empresa que está fora dos limites propostos pela Sumula nº 331 do TST.

Dentre os prejuízos da terceirização da atividade-fim das empresas pode-se mencionar a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa em que o trabalhador presta os serviços terceirizados, bem como da desagregação da categoria profissional.⁴⁵

Cabe frisar que existem alguns autores que aceitam a terceirização na atividade- fim em algumas hipóteses, conforme afirma Alice Monteiro de Barros⁴⁶:

Ha autores que admitem a terceirização em atividade-fim, com amparo no art. 170 da Constituição, citando como exemplo a delegação, pela indústria automobilística, de determinados serviços vinculados a atividade-fim das empresas, decorrentes das novas técnicas de produção ou de novas tecnologias. Outros acrescentam serviços ligados à perfuração de poços de petróleo em empresas que o exploram, entre outras.

Nas três últimas hipóteses acima citadas, é possível a descaracterização da modalidade da terceirização, caso fique comprovada que tal atividade é exercida mediante subordinação direta e pessoalidade com a empresa tomadora.

No tocante a terceirização ilícita, que infelizmente é mais comum de se encontrar no nosso mercado de trabalho, é infringida as regras que não permitem a pessoalidade e subordinação direta entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora, sendo configurado o vínculo empregatício entre ambos, assim como quando as empresas colocam os trabalhadores terceirizados a desempenhar atividades-fim.

No tocante ao disposto no inciso I, caso haja a contratação por empresa interposta, o que é ilegal, cabe destacar que é devido o pagamento de equiparação salarial.

Assim, entende a jurisprudência, a respeito da equiparação salarial na terceirização ilícita⁴⁷:

⁴⁴ ALVAR, Maria Vitoria Queija. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6018#_ftn10 Acesso em: 20 de abril de 2016

⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.452.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de apud Sérgio Pinto Martins. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição. 2010. Editora LTD. P.453

EMENTA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - ISONOMIA. A terceirização dos serviços, figura jurídica importante e verdadeira necessidade de sobrevivência no mercado, traduz realidade inatacável e não evidencia prática ilegal, por si só. Entretanto, constitui fraude aos princípios norteadores do Direito do Trabalho a dissimulação de verdadeira intermediação de mão-de-obra. Assim é que a terceirização é admitida na contratação de empresa especializada em atividades paralelas ou de suporte, desde que não haja distorção em sua essência e finalidade, com a substituição dos empregados próprios por outros oriundos de empresa interposta. Identificada a ilicitude do processo de terceirização, a teor do que dispõe a Súmula 331, I, do C. TST, o vínculo de emprego deveria ser diretamente reconhecido com a tomadora. Não obstante, tratando-se de empresa pública, sujeita ao art. 37, II, da CF/88, tal liame não pode ser declarado, diante da ausência do concurso público. Contudo, fica assegurado o direito do empregado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas previstas para os empregados da CEF, em razão do princípio da isonomia, preceituado no art. 5º, caput, da CF/88, bem como por aplicação analógica do art. 12, alínea "a", da Lei 6.019/74. Inteligência da OJ 383 da SDI-1 do C. TST (Processo: 01673-2014-025-03-00-0 RO, Órgão julgador: Décima Turma, Relator: Rosemary de O. Pires, Revisor: Paulo Maurício R. Pires, Vara de Origem: 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Publicação: 13/05/2016)

Na hipótese do inciso II, que dispõe o seguinte: “II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (Art. 37, II, da CF/1988)”.

Verifica-se que o TST objetivou, principalmente, a coibir os apadrinhamentos no serviço público e a dar efetividade ao comando do Art. 37 da Constituição da República de 1988.

Ainda cabe frisar que caso fosse admitido que um empregado contratado irregularmente se tornasse um servidor público, isso geraria um tumulto imenso, obviamente muitas pessoas iriam querer aproveitar-se dessa disposição legal para alcançar um cargo público, o que não poderia ser admitido tendo em vista que aquele que passou anos estudando para um concurso e faz uma prova para ocupar um cargo se equiparasse em termos de serviço e salário, a aquele que por ter sido irregularmente contratado pela administração acabaria sendo enquadrado como servidor público. Tal aceitação seria um absurdo em nossa legislação.

Cabe frisar que esse dispositivo, embora não considere o vínculo empregatício, dispõe sobre a responsabilidade dos entes estatais em caso terceirização ilícita, sendo o Estado obrigado a pagar as verbas do empregado, conforme o disposto na OJ 383 – SDI-1⁴⁸:

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jurisprudência. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2299> Acesso em: 24 de abril de 2016

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Orientação Jurisprudencial 383 SDI-1. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html Acesso em: 20 de abril de 2016

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974

Esse dispositivo, gera algumas dúvidas eis que alguns juristas confundem-se acreditando que só caberia o pagamento do salário e do FGTS.

Contudo, tal entendimento, só é aplicado no caso do Estado contratar de forma direta sem concurso público, ou seja, não contratou pela modalidade de terceirização, nessa situação cabe afirmar que o contrato é nulo e nesse caso sim só é pago o salário e o FGTS. Esse é o entendimento da Súmula 363 do TST⁴⁹:

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo Art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Esse também é o entendimento de Alice Monteiro de Barros⁵⁰, na qual acredita que é cabível ao trabalhador contratado irregularmente o pagamento de salário e FGTS:

A corrente que prevalece sobre essa temática defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (Sumula n. 363 do TST).

Tal conduta negligencia os direitos trabalhistas e constitucionais do trabalhador, aprofundando os elementos que tornam a terceirização ilícita, ensina Sérgio Pinto Martins⁵¹:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado,

⁴⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 363. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363 Acesso em: 22 de abril de 2016

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.454.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 153.

principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas à subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços.

Caso haja a confirmação dos elementos pertinentes de uma relação de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços, será configurado o vínculo empregatício entre as partes. Devendo ser regularizado a situação do trabalhador para que ele passe a perceber todos os direitos dispostos na Convenção Coletiva de Trabalho da categoria.

No tocante aos salários percebidos pelos trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente pela empresa, há que se observar que embora a legislação, como por exemplo, a Lei do Trabalho Temporário⁵², que define em seu Art.12, I, “a”, “(...) fica garantida ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculado à base horária (...)” e a Constituição Federal de 1988⁵³ determine em seu Art.7, XXXII, proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, não é o que é aplicado pela jurisprudência, eis que o empregador em si não é o mesmo.

O entendimento dos tribunais é de que sendo constatada que a terceirização é lícita e não se enquadrando como trabalho temporário, não há a igualdade nos salários, tendo em vista que o entendimento mais disseminado é de que o padrão remuneratório da empresa principal não se coaduna com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços diretamente à prestadora de serviços.⁵⁴

Algumas críticas foram proferidas a respeito desse entendimento, como por exemplo, afirmando que seria uma discriminação socioeconômica im procedente, que reduziria a

⁵² BRASIL. **Lei 6.019/74, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm Acesso em: 19 de abril de 2016

⁵³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. . **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 23 de abril de 2016

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P. 454.

terceirização a depreciação de um trabalho desvalorizado abolindo o que esse modelo de trabalho poderia ter de eficiente e que seria uma afronta a vários dispositivos legais, como os já citados acima.

3.2 A responsabilidade jurídica das empresas contratantes e das tomadoras de serviço

Vamos esclarecer agora a responsabilidade civil das empresas tomadoras de serviços, assim como a responsabilidade solidária e subsidiária.

A responsabilidade civil, conforme define Maria Helena Diniz⁵⁵ “é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em reação de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

A responsabilidade civil explanada no Código de Processo Civil, é amplamente utilizada como fonte subsidiária na Justiça do Trabalho, sendo utilizados os seus conceitos recorrentemente.

Alice Monteiro de Barros⁵⁶ entende o conceito e a função da responsabilidade civil como sendo:

É que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada "a vedete do direito civil", a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares. A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), "representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização".

Ainda, cabe esclarecer que o risco (a responsabilidade objetiva), tem a intenção de garantir a proteção jurídica ao cidadão, assim segue discorrendo Alice Monteiro de Barros⁵⁷:

Em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando à prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do ubi inolumentum, ibi inus, isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados devesse arcar com suas consequências.

⁵⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, v.7, 2001. P.6

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.454.

⁵⁷ Idem. P.455

Atualmente, o alcance da responsabilidade civil tem tomado proporções maiores, aumentando o número de pessoas responsáveis pelos danos, acolhendo tanto a responsabilidade direta quanto a indireta, baseada na premissa da culpa presumida (in eligendo e in vigilando).

É conceituado pelo Código Civil Brasileiro⁵⁸, o que configura ato ilícito, abuso de direito, a obrigação de reparação de danos, coautoria, a responsabilidade civil tanto subjetiva e objetiva como a responsabilidade de terceiros nos seguintes artigos 186, 187 e 927, 932, 933 e 942, pontuados abaixo:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O ato ilícito pode ser entendido como o ato culposo praticado pelo agente com a intenção de causar um prejuízo à outra pessoa, mesmo que esse dano seja somente moral.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Esse artigo demonstra que mesmo que o sujeito seja titular de um direito, existem limitações que devem ser respeitadas, considerando-se o excesso cometido pelo agente em um ato que era legal, tornar-se ilegal.

No entendimento do jurista Flávio Tartuce⁵⁹, entende-se o abuso de direito como:

“A par da definição legal, a melhor definição doutrinária do abuso de direito é: ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, por ser irregularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito, ou seja, e um é ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – situa-se entre o ato jurídico e ilícito. Difere do ato ilícito puro que é ilícito no todo (conteúdo e consequências). Como dito, o ato praticado nasce lícito, se tornando ilícito posteriormente, logo, é necessário que a pessoa exerça e exceda um direito que possui. Logo, não há que se cogitar o elemento culpa na sua configuração (corrente majoritária), bastando que a conduta exceda os parâmetros que constam do Art. 187. Assim, presente o abuso de direito, a responsabilidade é objetiva, pois apenas se baseia no elemento objetivo – finalísticos”.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵⁸BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 25 de abril de 2016

⁵⁹ LIMA, Mario Rodrigues de. **Responsabilidade civil ato ilícito puro e equiparado**. Disponível em:

<http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/8526/Responsabilidade-civil-ato-ilicito-puro-e-equiparado> Acesso em: 24 de abril de 2016

Par. Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.

O Artigo 927 trata da responsabilidade civil objetiva do agente, que no entendimento de Silvio Venosa⁶⁰, caracteriza-se como:

Responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Por esse dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do novo código em matéria de responsabilidade.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

O Artigo 932 abarca a teoria do risco adotada pelo Código Civil, que no entendimento de Maria Helena Diniz⁶¹, significa dizer que:

Afastou a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, criando, então, a responsabilidade objetiva, visto que a ideia de risco atende mais aos reclamos do mundo atual, fazendo com que o dano seja reparado pelo pai ou empregador, não porque tiveram culpa na vigilância ou escolha, mas porque correram o risco de que aquele fato lesivo adviesse.

Art. 931 . As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderam solidariamente pela reparação.

3.2.1 A responsabilidade solidária e subsidiária nas empresas tomadoras e prestadoras de serviços

A responsabilidade solidária no entendimento do Artigo 264 do Código Civil⁶² é quando “(...) na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda”.

⁶⁰VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no novo código civil**. Texto disponível no *site* do escritório Demarest e Almeida Advogados. Disponível em: www.societario.com.br/demarest. Acesso em: 16 de abril de 2016

⁶¹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, v.7, 2001. P.450

A obrigação solidária caracteriza-se pelo titular, que isoladamente, responde pela totalidade da prestação, podendo aos outros integrantes assistir o direito de reversão, sendo assim, na solidariedade às responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se as responsabilidades entre si.

Sergio Pinto Martins⁶³ entende a responsabilidade subsidiária como sendo “uma espécie de ordem; não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (empresa tomadora dos serviços)”.

A responsabilidade subsidiária é a que vem complementar a responsabilidade principal. A responsabilidade dos interessados diferencia-se porque na subsidiariedade há uma ordem de preferência no chamamento, implicando no chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário. É conhecido como o benefício de ordem.

No entendimento de Alice Monteiro de Barros⁶⁴, a responsabilidade subsidiária caracteriza-se como:

O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (in eligendo), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra e também no risco (Art. 927, paragrafo único do Código Civil), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.

Nesse diapasão, o responsável subsidiário tem o direito de regresso contra o devedor principal para reaver integralmente o que adimpliu, tendo em vista que o débito era somente do devedor principal. Assim para que se confirme a responsabilidade subsidiária é necessário primeiramente à inadimplência ou insolvência do devedor principal.

Importante destacar, que pouco importa que o tomador dos serviços tenha dado causa ou não da cessação da relação de trabalho do autor, ficando responsável pelos encargos sociais.

O tomador de serviços assume uma posição na relação jurídica que se equipara a um fiador, nesse caso, na inadimplência do devedor principal, esse deverá assumir todas as responsabilidades decorrente da extinta relação contratual entre o empregador e o trabalhador terceirizado.

⁶² BRASIL. **Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 25 de abril de 2016

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. P. 137

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.455.

Quando se trata de efetivar a execução, admite-se em primeiro lugar a execução contra os sócios da empresa devedora principal, tal posicionamento é baseado na chamada responsabilidade subsidiária de terceiro grau. Nesse sentido, entende Alice Monteiro de Barros⁶⁵:

Admitir-se tal raciocínio equivale a transferir para o empregado hipossuficiente ou para o próprio juízo da execução trabalhista o pesado encargo de localizar o endereço e os bens particulares passíveis de execução daquelas pessoas, tarefa demorada e, na grande maioria dos casos, inútil. Assim, mostra-se mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com a consequente exigência de celeridade em sua satisfação o entendimento de que, não sendo possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele próprio contratou.

A responsabilidade foi tratada no direito do trabalho, primeiramente pela Lei do Trabalho Temporário, nº 6.019/74⁶⁶, em seu Art.16, que expressa o seguinte:

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Fica evidente que a lei regulava hipótese restrita de solidariedade, considerando apenas a incidência da falência e tal configuração também só seria aplicada na hipótese de trabalho temporário.

A jurisprudência sempre sofreu para tentar enquadrar essa definição nos casos jurídicos que envolvessem a terceirização, tentando colocá-la nas palavras de Maurício Godinho Delgado⁶⁷ “um conjunto jurídico mais coerente, amplo e sistemático, como cabível à compreensão de qualquer instituto do Direito”.

Com o surgimento da Súmula 331 do TST⁶⁸, a responsabilidade foi melhor explanada pelo legislador, definindo em contextos de terceirização, o seguinte “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.456.

⁶⁶ BRASIL. **Lei 6.019/74, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm Acesso em: 19 de abril de 2016

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P. 466

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331, de 31 de maio de 2011**. Dispõe sobre a terceirização. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html Acesso em: 15 de abril de 2016

tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

O novo entendimento jurídico vem claramente abarcar a existência de responsabilidade do tomador de serviços por todas as obrigações laborais decorrentes da terceirização, excedendo os limites de parcelas impostos na Lei nº 6.019/74.

Compreende, além disso, a nova súmula, a incidência da responsabilidade desde que constatado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do trabalhador terceirizado, tornando-se desnecessária a configuração da falência.

No entendimento da jurista Alice Monteiro de Barros⁶⁹, mais seguro seria, se o Brasil adotasse o mesmo modelo vigente na Espanha, onde o tomador de serviços responde solidariamente por todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, o que traz maior garantia ao trabalhador.

Nesse sentido, reпрiso o Artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha:

"§ 1ª - Os empregadores que contratem ou subcontratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes a própria atividade daqueles deverão comprovar que os ditos contratantes estão quites com o pagamento das cotas da seguridade social. Para esse efeito, recebido por escrito, com identificação da empresa afetada, certidão negativa da entidade gestora, no prazo improrrogável de trinta dias. Transcorrido esse prazo, ficará exonerado da responsabilidade o empregador solicitante.

§ 2 - O empregador principal, salvo o transcurso do prazo antes assinalado a respeito da seguridade social, e durante o ano seguinte ao término de seu encargo, responderá solidariamente pelas obrigações de natureza salarial contraídas pelos subcontratantes com seus trabalhadores e pelas referentes a seguridade social durante o período de vigência do contrato, limitando-se ao que corresponderia se tivesse contratado pessoal fixo na mesma categoria ou locais de trabalho".

Dispõe, por fim, essa súmula que a responsabilidade de que se fala na terceirização é do tipo subsidiário, primeiro se cobra do devedor principal e se ele não adimplir, passa-se ao secundário e assim sucessivamente.

A formulação contida na Súmula 331, IV, certamente abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem jurídica brasileira. Assim como, percebe-se que a compreensão sumulada abrange também o trabalho temporário. Sobrelevam-se, diante disso, as limitações antigamente censuradas quanto ao texto do Art. 16 da Lei nº 6.019/74.

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição.2010. Editora LTD. P.457.

3.2.2 A responsabilidade do serviço público

Com a criação da súmula 331 do TST, torna-se evidente em seu inciso IV, que existe a responsabilização subsidiária no tocante às entidades estatais que advindos dos contratos de terceirização realizados com empresas privadas resultam em créditos trabalhistas.

Embora, haja uma possível divergência existente na legislação na opinião de alguns doutrinadores, eis que a Lei de Licitações nº 8.666/93⁷⁰ ainda mantém em seu texto legal, a previsão no Art.71, § 1º, o seguinte:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Mesmo com os dispositivos em contrário no entendimento de Maurício Godinho Delgado, a jurisprudência tem dado privilégio ao entendimento da Súmula 331 do TST e garantindo a responsabilização do estado, assim como está assegurando que não será constituída relação de emprego do trabalhador com o Estado, sem a devida aprovação por concurso público.

Ainda, a jurisprudência dominante tem entendido que os dois dispositivos legais não se contradizem, mas sim se harmonizam. Na decisão proferida pela Ação Direta de Constitucionalidade nº 16⁷¹, o STF não excluiu a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, apenas impediu que essa responsabilização fosse baseada no mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços, sob pena de se negar vigência, ainda que implicitamente, ao Art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Diante disso, o ente público pode ser responsabilizado, quando descumpre sua obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato de prestação dos serviços, nos termos dos Art. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 todos da Lei nº 8.666/93.

⁷⁰ BRASIL. **Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Dispõe sobre normas para licitação e contratos da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em: 26 de abril de 2016

⁷¹ BRASIL. **ADC 16, de 24 de novembro de 2010**. Dispõe sobre responsabilidade contratual subsidiária. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> Acesso em: 27 de abril de 2016

Não podendo ser admitida a hipótese de não responsabilização do estado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, eis que seria uma afronta a Constituição Federal, observa-se que nas palavras de Maurício Godinho Delgado⁷², a Constituição “quando se reportou à noção de responsabilidade do Estado, o fez para acentuá-la e não para reduzi-la, como se passa em seu Art. 37, § 6º, que estendeu a responsabilidade objetiva estatal até mesmo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

A Constituição Federal, quando foi criada foi assentada com base em diversos princípios, dentre eles, os de liberdade, pleno exercício dos direitos sociais, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, caminhando sempre no sentido de intensificar a responsabilidade estatal.

Assim, entende-se que como é do tomador a obrigação de fiscalizar e registrar ocorrências e faltas, baseado no princípio da aptidão para a prova, o qual determina que o ônus de produzir prova seja dever de quem tem os meios para fazê-lo, independentemente de se tratar de fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da outra parte, é da recorrente o ônus de comprovar que garantiu à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato.

Ainda, cabe ao ente público, por meio de seu representante, impor a empresa contratada a comprovação do pagamento das verbas devidas aos obreiros que lhe prestaram serviços e dos encargos sociais e previdenciários, confirmando, nos autos, que reconheceu a regularidade do contrato.

Abstendo-se da produção de tal prova, durante a vigência da contratualidade, é reconhecida a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das parcelas referentes ao objeto do contrato.

É o que dispõe o Artigo 67, da Lei 8.666/93⁷³:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P. 468.

⁷³ BRASIL. **Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Dispõe sobre normas para licitação e contratos da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em: 26 de abril de 2016

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

A jurisprudência⁷⁴ tem entendido pela responsabilização do estado em milhares de decisões, como as citadas abaixo:

EMENTA: ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Na esteira do entendimento firmado no julgamento proferido pelo STF na ADC 16 e considerando os item V, Súmula 331 do TST, a responsabilidade subsidiária do ente público pelas parcelas trabalhistas devidas pela empresa contratada inadimplente decorre da constatação de que incorreu em conduta culposa, omitindo-se do dever legal de fiscalizar a execução do contrato firmado com a prestadora de serviços. Processo: 0001620-34.2014.5.03.0071 RO. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator: Maria Cecília Alves Pinto. Revisor: Luis Otávio Linhares Renault. Vara de Origem: Vara do Trabalho de Pato de Minas. Publicação: 27/04/2016.

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO C. TST. Incumbe ao ente público contratante comprovar que procedeu à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços, pena de reconhecer-se a responsabilidade subsidiária da administração pelo adimplemento das parcelas objeto da condenação imposta à empresa contratada. No entanto, tratando-se de condenação exclusiva das verbas rescisórias, parcelas cujo pagamento por serem devidas já ao final do contrato, não comportam a fiscalização prévia da segunda reclamada, a consequência é o não reconhecimento de sua responsabilização.

Ainda, Maurício Godinho Delgado, acredita que o estado que contrata empresa inidônea (configurando uma terceirização ilícita) comete a culpa in elegendo que é entendida como a má escolha do contratante mesmo que tal processo seletivo tenha se dado por meio de licitação, e ainda que se entenda não aplicável tal culpa, estaria então caracterizada a culpa in vigilando, que se conceitua como sendo a falta de fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos, passando o estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante à época da terceirização.⁷⁵

Em suas palavras, Godinho⁷⁶, reafirma que:

Assim, mesmo se não acolhida a aplicação da regra da responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização trabalhista, é irrefutável a incidência da responsabilidade subjetiva dos entes estatais que realizam terceirização de serviços, se verificada sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Responsabilidade subjetiva por culpa in vigilando, que existe no Direito brasileiro

⁷⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jurisprudência. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2299> Acesso em: 10 de maio de 2016

⁷⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR.P. 469.

⁷⁶ Idem.

há cerca de 100 anos (art. 159, Código Civil de 1916; arts. 186 e 927, caput, Código Civil de 2002), atingindo qualquer pessoa jurídica, inclusive o Estado e seus entes — como não poderia deixar de acontecer em ordem jurídica que se afirma civilizada.

Fato é que no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade, ficou confirmada a caracterização da responsabilidade subjetiva por culpa in vigilando e é o que vigora atualmente em nosso ordenamento jurídico.

4 COMO O PROJETO DE LEI 4.330/2004 PODERÁ AUMENTAR OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA TERCEIRIZAÇÃO

O Projeto de Lei nº 4.330/2004 ou atualmente PL 30/2015, pretende realizar diversas alterações na forma de terceirizar, sendo a mudança mais drástica e prejudicial aos obreiros, é a aceitação da terceirização de trabalhadores para laborar em atividade-fim.

Tal projeto em andamento abrange empresas privadas, sociedades de economia mista, empresas públicas, produtores rurais e profissionais liberais, excluindo a administração pública direta.

Cabe destacar que a administração pública indireta (empresas públicas), que utilizam da terceirização em larga escala, ficou de fora da regulamentação da lei, tornando pendente uma normatização especial.

Em tramitação há mais de dez anos, o Projeto de Lei nº 4.330/2004 agora conhecido como Projeto de Lei Complementar nº 30/2015, foi amplamente utilizado como bandeira de campanhas a mandatos eletivos, a favor, sob o discurso de defesa da lucratividade das empresas e eficiência do Estado, ou contra, sob o argumento da contínua exploração do trabalhador.

Destaca-se que a aceitação desse projeto de lei, trará mais precarização ao trabalho, assim como desrespeita valores e princípios assentados pelo nosso direito, conforme apontamos abaixo.

A Constituição Federal determina como valores supremos o exercício dos direitos sociais, a igualdade e a justiça, e é pontual e expressa em colocar como fundamento da nação a dignidade da pessoa humana e a igualdade de todas as pessoas frente aos direitos sociais, onde estão englobados os direitos trabalhistas.

Estabelece também que a regra nas relações de trabalho, (art. 7º – relação de emprego protegida) é a contratação direta entre o empresário e o trabalhador, o que é previsto também nos Artigos 2º e 3º da CLT.

Ainda, determina a proibição de retrocesso, o que significa que, é vedada a diminuição dos direitos individuais e coletivos já alcançados, especialmente os que dizem respeito aos direitos humanos e fundamentais, nos quais se fundam os direitos dos trabalhadores.

As normas internacionais sobre o trabalho, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, especialmente a Convenção nº 100 que dispõe sobre a igualdade de remuneração e a Convenção nº 111 que disciplina sobre a proibição de discriminação, também impedem distinção de tratamento entre trabalhadores de igual situação.

O projeto de autoria do ex – deputado Sandro Mabel, foi criado com a premissa apontada nas seguintes palavras do projeto⁷⁷:

“ (...) A terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que têm maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço.”

Fica claro no trecho exposto acima, que o maior interesse na criação do Projeto de Lei nº 4.330/2004, é facilitar os ganhos econômicos das empresas, deixando os direitos dos trabalhadores de lado e, além disso, não se trata somente de uma perda material, mas também moral, vez que o trabalhador terceirizado sente-se inferior aos demais pelas condições em que é exposto, ele sente-se desrespeitado tanto pelos empregados contratados diretamente como pela própria empresa.

Ainda o projeto prevê a ausência de vínculo empregatício entre o contratante e os trabalhadores terceirizados, autorizando que seja desenvolvida a atividade- fim pelos obreiros, sem que a empresa contratante seja responsável por eles, ficando a responsabilidade a cargo da empresa contratada, ou seja, a empresa que é contratada pela principal para prestar serviços específicos.

É isso que dispõe o artigo 2º do projeto de lei complementar 30/2015⁷⁸:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei;

⁷⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.330/ 2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841> Acesso em: 15 de maio 2016

⁷⁸BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 30/2015**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928> Acesso em: 17 de maio de 2016

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e

III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

Tal disposição proposta no novo projeto de lei constitui uma afronta ao disposto na Súmula 331 do TST e em todo o nosso ordenamento jurídico, eis que não contempla os direitos fundamentais básicos previstos em nossa constituição.

Torna-se evidente que com essa permissão de que trabalhadores terceirizados atuem na atividade-fim de uma empresa, os direitos dos trabalhadores serão subjugados.

Cabe destacar que apesar de ser convencionado no artigo de que a empresa que vai prestar os serviços terceirizados tenha que ser “especialista na prestação dos serviços” naquela área em que vai fornecer a mão de obra, nada impede que ocorram fraudes, visto que empresas de grande influência podem muito bem mascarar esse fato.

No entendimento da jurista Valdete Souto⁷⁹, o problema da terceirização não se resume a somente autorizar que seja explorada pelas empresas a mão de obra dos terceirizados para realização da atividade-fim das empresas, mas também acredita que:

Qualquer terceirização é prejudicial. Seus efeitos: redução de salários, facilitação da exploração de trabalho escravo, fragmentação da classe trabalhadora, com prejuízo real à luta sindical, sonegação de direitos, aumento do número de acidentes de trabalho, invisibilidade, não são diferentes para trabalhadores das chamadas atividades-meio.

Cabe frisar que ao analisar o corpo frio do Projeto de Lei nº 4.330/2004, além de investigar as vantagens e desvantagens que poderão advir da sua implementação para os trabalhadores, também há de se observar se princípios constitucionais serão respeitados, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Moretto⁸⁰ traçou um paralelo de vantagens e desvantagens da terceirização, que pontua o seguinte:

⁷⁹SEVERO, Valdete Souto. **Para além do PL 4330**. Disponível em:

<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/para-alem-do-pl-4330> Acesso em: 18 de abril de 2016

⁸⁰MORETO, Laércio. **A Gestão Eficaz de Contratos: Suporte para a Implantação de Terceirização de Serviços – Caso Petrobras – Unidade Espírito Santo**. Santa Catarina, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/79114> Acesso em: 10 de maio de 2016

Vantagens e Desvantagens da Terceirização

Vantagens	Desvantagens
Focalização dos negócios das empresas na sua área de atuação.	Risco de desemprego e não absorção da mão-de-obra na mesma proporção.
Maior poder de negociação.	Resistências e conservadorismo.
Redução das atividades-meio.	Risco de coordenação dos contratos
Aumento da qualidade	Falta de parâmetros de custos internos.
Ganhos de flexibilidade.	Demissões na fase inicial
Redução do quadro direto de empregados	Custo de demissões
Aprimoramento do sistema de custeio	Dificuldade de encontrar a parceria ideal
Ampliação do mercado para as pequenas e médias empresas	Falta de cuidado na escolha dos fornecedores
Maior agilidade nas decisões	Aumento do risco de ser administrado
Menor custo	Conflito com os Sindicatos
Maior lucratividade e crescimento	Mudanças na estrutura do poder
Favorecimento da economia de mercado	Aumento da dependência de terceiros
Otimização dos serviços	Perda do vínculo com o empregado
Redução dos níveis hierárquicos	Desconhecimento da legislação trabalhista
Aumento da produtividade e competitividade	Dificuldade de aproveitamento dos empregados já treinados
Possibilidade de crescimento sem grandes investimentos	Perda de identidade cultural da empresa, em longo prazo, por parte dos funcionários

Fonte: Moretto

Observa-se por esse quadro explicativo, que os benefícios em tese só abarcam as empresas, visto que os trabalhadores têm muito mais a perder no trabalho terceirizado.

Esse também é o entendimento de Silvana Abramo⁸¹, que afirma o que é evidenciado na prática, que a terceirização só é válida para as empresas, se os gastos com os trabalhadores terceirizados forem inferiores aos gastos com os trabalhadores diretos. Diante disso, entende que:

⁸¹ ABRAMO, Silvana. **Por que dizemos não ao PL 4330**. Disponível em:

<<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/por-que-dizemos-nao-ao-pl-4330>> Acesso em: 20 de abril de 2016

Do ponto de vista das empresas que usam a terceirização para simples colocação de mão de obra o sistema só é vantajoso se houver sonegação e rebaixamento de direitos trabalhistas, porque se os salários dos terceirizados e demais direitos trabalhistas deles for exatamente igual aos dos empregados diretos, a empresa tomadora terá que pagar para a empresa prestadora o mesmo valor que paga aos seus empregados diretos acrescido do valor relativo ao pagamento à empresa prestadora – seus gastos e lucro.

Ainda, conforme pontua Antônio Queiroz⁸², mesmo que o Projeto de Lei traga a regulamentação da terceirização e alguns direitos “a mais” aos trabalhadores terceirizados do que possuem atualmente, ainda é prejudicial, tendo em vista que não os equipara aos direitos recebidos pelos funcionários empregados e ao estender a terceirização a todas as atividades da empresa, gera uma insegurança tanto para os terceirizados quanto para os funcionários.

Nesse sentido, entende que:

Isto significa que para proteger 26,8% da força de trabalho, o projeto torna vulneráveis as atuais garantias asseguradas aos outros 73,2%, que são contratados diretamente pela empresa original. Ou seja, a maioria com relação direta de emprego poderá ser terceirizada ou mesmo pejetizada, substituindo sua condição de empregado pela de prestador de serviços, sem qualquer garantia trabalhista ou previdenciária decorrente da contratação de sua empresa individual.

Este é ponto central da discussão. Se o projeto se limitasse a regulamentar terceirização na atividade-meio da empresa, como prevê o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, garantindo, como de fato passou a garantir, direitos que os atuais terceirizados não têm, seria muito bem-vindo. Mas vai além e nivela por baixo, ao colocar em risco a proteção dos trabalhadores que atualmente não estão sujeitos à terceirização nem à pejetização.

Nesse sentido, cabe frisar que o projeto de lei é muito fácil de fraudar, eis que as proibições de contratação dispostas no Artigo 2^a, III, §2^o⁸³, podem muito bem ser burlado facilmente pelas empresas, o dispositivo prevê que:

§ 2º Não podem figurar como contratada, nos termos do inciso III do caput deste artigo:

⁸² QUEIROZ, Antônio. **Alterações no projeto de terceirização são insuficientes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/antonio-queiroz-alteracoes-projeto-terceirizacao-sao-insuficientes> Acesso em: 02 de maio de 2016

⁸³ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 30/2015**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928> Acesso: 05 de maio de 2018

I - a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado da contratante;

II - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade;

III - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 12 (doze) meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Percebe-se principalmente pelo inciso III, que mesmo que haja a proibição de contratação pelo período de 12 meses, é possível que a empresa demita todos os funcionários e posteriormente venha a recontratá-los através da figura outra pessoa jurídica e sem dar os direitos aos trabalhadores.

Outros pontos positivos também levantados pelo autor, é que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada passou a ser solidária, bem como a garantia de que os trabalhadores que desempenhem atividades no mesmo local, mesmo sem o mesmo salário e a mesma jornada, teriam acesso aos mesmos refeitórios e vestiários.

Ocorre que nada mais pertinente transformar a responsabilidade subsidiária em solidária já que se permite agora a terceirização de toda e qualquer tipo de atividade e no tocante ao referido acesso aos mesmos refeitórios e vestiários, cabe frisar que não é em todas as hipóteses que tal disposição é aplicada e que ainda tal medida cabe por intensificar ainda mais a discriminação.

No Art.12º do referido projeto, dispõe que⁸⁴:

São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições:

I — relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

⁸⁴BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 30/2015**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928> Acesso: 05 de maio de 2016

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Parágrafo único. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Percebe-se no próprio § único do referido artigo, que quando o número de trabalhadores for igual ou superior a 20% dos empregados da contratante, serão criados outros locais para os trabalhadores para alimentação e atendimento, ou seja, o próprio projeto incentiva a segregação dos trabalhadores.

Em determinado tópico do projeto, manifesta-se a intenção de responsabilizar a empresa intermediária de serviços pelos acidentes de trabalho ocorridos com os trabalhadores terceirizados, justificando-se sobre um viés de que tal posicionamento traria mais segurança aos trabalhadores.

Ocorre que colocar como responsável a empresa intermediária não ajuda a prevenir os acidentes que vêm acontecendo, tendo em vista que essa empresa não tem condições financeiras para contratar profissionais que façam um planejamento de segurança no trabalho, assim percebe-se que na prática não haverá nenhum benefício ao trabalhador.

A questão dos sindicatos, também é um ponto bastante criticado pelos juristas que se opõem a terceirização, o projeto dispõe sobre o recolhimento da contribuição social, o seguinte⁸⁵:

O recolhimento da contribuição sindical compulsória deve ser feito à entidade representante da categoria profissional correspondente à atividade terceirizada. Aumenta-se, dessa forma, o poder de negociação com as entidades patronais, bem como é favorecida a fiscalização quanto à utilização correta da prestação de serviços.

Conforme, pontua Antônio Queiroz⁸⁶, tal expressão categoria profissional disposta no projeto, precisará ter uma definição para o seu enquadramento e, além disso, acredita que haverá uma concorrência entre os sindicatos para assegurar a representação.

Assim em suas palavras:

⁸⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.330/ 2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em:

⁸⁶ QUEIROZ, Antônio. **Alterações no projeto de terceirização são insuficientes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/antonio-queiroz-alteracoes-projeto-terceirizacao-sao-insuficientes>
Acesso em: 02 de maio de 2016

Além da disputa entre sindicatos, para garantir a representação, a contratada irá questionar sua eventual vinculação ao sindicato preponderante ou a outro que não seja o da terceirizada, alegando que sua atividade é a locação e mão-de-obra e não poderá ter o mesmo enquadramento, por exemplo, de uma metalúrgica.

Ainda, na compreensão de Uchoa, não haverá benefício aos trabalhadores, tendo em vista que os trabalhadores terceirizados comumente laboram em jornadas rotativas, não criando vínculo direto com o local de trabalho e os com os colegas de profissão, o que os torna invisíveis à proteção do sindicato e distantes das políticas sindicais.⁸⁷

Um benefício trazido pelo projeto é sobre a manutenção dos salários e direitos em caso de contratação sucessiva pela mesma empresa, assim dispõe no Art. 14^a do Projeto de Lei Complementar 30/2015⁸⁸:

Art. 14. Na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

Apesar de ser um benefício, é difícil ser aplicado na prática, eis que possivelmente o trabalhador terceirizado não será aproveitado ou se o for, será recontratado por uma nova pessoa jurídica, tendo então que se provar a existência de sucessão trabalhista posteriormente em ação judicial.

Conforme ficou demonstrado até então, os prejuízos com a possível aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004, é superior aos benefícios que poderiam advir da implementação. Nesse sentido, aponta a DIEESE⁸⁹:

Os efeitos da terceirização sobre as condições de trabalho, para além dos baixos salários e os altos índices de rotatividade, indicam também: diminuição dos benefícios sociais; perda dos direitos trabalhistas; trabalho menos qualificado; aumento de acidentes; trabalho sem registro (informalidade); perda de representação sindical; jornada mais extensa, entre outros.

Embora, há muito tempo se esperasse que fosse criada uma lei para regulamentar as relações de trabalho terceirizado, dispondo sobre peculiaridades que inexistem na súmula 331 do TST, acreditava-se que quando surgisse essa lei, ela seguiria o escopo principal da

⁸⁷UCHÔA, Marcelo. **Retrocesso Social inaceitável**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/38062/retrocesso-social-inaceitavel#ixzz3e0jcKJy0> Acesso em: 04 de maio de 2016

⁸⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 30/2015**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928> Acesso em: 05 de maio de 2016

⁸⁹DIEESE. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2007. Disponível: <http://www.dieese.org.br/projetos/MTE/SACC/METAIL/terceirizacao.pdf>; Acesso em: 08 de maio de 2016

idealização dessa modalidade, que é a contratação secundária de trabalhadores e não a aceitação de contratação de terceirizados para desenvolver a atividade principal da empresa.

Na opinião do presidente da OAB do Rio de Janeiro, Felipe Cruz⁹⁰, o Projeto de Lei nº 4.330/2004 está “invertendo e desequilibrando essa dinâmica, transformando em regra o que deveria ser exceção”. Pois, ao se autorizar que sejam terceirizadas as atividades principais de uma empresa, admite-se a precarização do trabalho, tendo em vista que terceirizar não abarca a garantia de todos os direitos trabalhistas.

Ainda, outro ponto a discutir é que a aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004 poderá gerar um aumento na demanda à Justiça do Trabalho, eis que o disposto no projeto é de que todas as atividades de uma empresa poderão ser terceirizadas desde que por empresa especializada, que é definida superficialmente na ementa, gerando diversos questionamentos sobre a mesma.

O sociólogo, Ricardo Antunes⁹¹, aponta que os parlamentares não tem noção do que a aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004 poderá trazer em nossa sociedade, tendo em vista que é gigante o potencial para se armar uma rebelião entre os trabalhadores, devido as discrepâncias nas contratações de funcionários de “mesmo valor” e também pelas disputas que ocorreram internamente dentro da empresa.

E aponta que mesmo com agora o Projeto de Lei 4.330/2004, seja chamado de Projeto de Lei complementar 30/2015, não houve mudanças benéficas para os trabalhadores, eis que se o objetivo fosse regularizar a situação dos terceirizados, estaria simplesmente disposto na lei que estaria se igualando os direitos dos terceirizados aos trabalhadores contratados diretamente. E assim, prossegue⁹²:

Se nós quiséssemos regulamentar os terceirizados era só pegar o PL 4330, artigo 4º, isso aparece também no artigo 1 do PLC 30/2015, que é o que está valendo agora, quando ele diz nesse artigo 1 que todas as atividades estão liberadas, nós poderíamos dizer 'aprovamos o PL 4330 beneficiando, ou seja, estendendo o direito a todos os terceirizados da CLT'. Agora, à medida que esse projeto amplia a extensão da terceirização das atividades meio para as atividades fim, o que ele efetivamente quer é criar um sistema onde o mercado de trabalho seja inteiramente terceirizado, de informais, precários, terceirizados, PJs, empreendedores, falsas cooperativas, e essa miríade de trabalhos precários. Esse é o objetivo do PL, por isso ele é nefasto, ele precisa ser derrotado pela classe trabalhadora, é imperioso. Senão nós entraremos

⁹⁰CRUZ, Felipe Santa. **Precarização do Trabalho: Projeto de Lei da Terceirização transforma em regra o que deveria ser exceção**. 26 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/felipe-santa-cruz-lei-terceirizacao-transforma-excecao-regra> Acesso em: 10 de maio de 2016

⁹¹ ANTUNES, Ricardo. **Projeto de terceirização gera “escravos modernos”**. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/05/17/projeto-de-terceirizacao-gera-escravos-modernos-analisa-antunes/> Acesso em: 12 de maio de 2016

⁹² Idem.

em uma lei da selva, que vai nos aproximar de trabalhadores escravos modernos em pleno século 21.

Na opinião do auditor fiscal do trabalho, Vitor Filgueira⁹³, um projeto alternativo a terceirização se daria da seguinte forma:

Nos casos em que a relação entre empresas é duvidosa, ou seja, quando não está claro se é um caso de gestão da força de trabalho intermediada ou realmente relação entre empresas efetivamente autônomas e verdadeiras interagindo fora do mercado de trabalho, seria aplicada solidariedade ampla entre as partes, isonomia e norma mais favorável para todos os trabalhadores envolvidos.

⁹³ FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 15 de abril de 2016

5 CONCLUSÃO

Conforme estudamos no decorrer do trabalho, a terceirização abarcada atualmente pela Súmula 331 do TST entende-se como a contratação de uma empresa prestadora de serviços por uma empresa principal, para que preste serviço especializado a mesma, através da contratação de trabalhadores, ou mais corretamente, trabalhadores terceirizados, para que desempenhem essa atividade.

A diferenciação feita entre os trabalhadores diretamente contratados e os trabalhadores terceirizados refere-se ao fato de que os primeiros englobam carteira assinada e o recebimento de fardos direitos trabalhistas, enquanto que os últimos em sua maioria laboram na informalidade e dessa forma não são abrangidos pelos direitos humanos e sociais dispostos na nossa Constituição Federal, tampouco pelos direitos trabalhistas fundadores da Convenção Coletiva dos Trabalhadores (CLT).

O seu surgimento no Brasil, ocorreu entre a década de 1970 e 1980, a partir da criação das multinacionais no país e essa modalidade de trabalho foi cada vez mais se disseminando no país e independentemente de regulamentação, tornou-se uma das formas mais comuns de contratação, principalmente porque as empresas ao utilizarem-se da terceirização elevam os seus lucros, além de reduzir os encargos com o pagamento de direitos trabalhistas.

Dentre as disposições legais sobre o tema, atualmente vige em nosso ordenamento jurídico o disposto na súmula 331 do TST, que apesar de insuficiente, é o que vem regulamentando a prática da terceirização no país, dentre as suas disposições está que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, ficando a empresa prestadora de serviços responsável pelo vínculo empregatício, exceto quando se tratar de trabalho temporário.

Bem como que a contratação irregular de trabalhador não gera vínculo empregatício com os órgãos da administração, seja ela direta, indireta ou fundacional, que os serviços de vigilância, limpeza e serviços especializados ligados a atividade-meio da empresa, não formam vínculo empregatício, exceto se presentes os requisitos de subordinação direta e pessoalidade, ainda que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto as mesmas, desde que haja participado da relação processual e conste do título executivo.

Também dispõe que os entes integrantes da administração também respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, desde que tenham apresentado conduta culposa no cumprimento de suas obrigações, especialmente em se tratando da fiscalização e cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da prestadora de serviços, cabendo frisar que a responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim como a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes do período de prestação laboral.

Ocorre que apesar dessas regulamentações na lei, os trabalhadores terceirizados laboram em condições muito precárias, tendo seus direitos reiteradamente subjugados pelas empresas e diferente do difundido entre a população, a terceirização pouco ou nada traz de benefício efetivo aos trabalhadores.

Nesse sentido, analisamos os efeitos sociais e econômicos que essa modalidade de trabalho trouxe para o contingente de trabalhadores terceirizados que laboram sob essa forma de contratação e apontamos que dentre alguns dos prejuízos causados aos trabalhadores podemos citar: o calote que sofrem das empresas terceirizadas, o maior índice de acidentes e mortes no trabalho, a precarização de direitos, a discriminação e preconceito a que são expostos nos postos de trabalho e também a alta incidência de trabalhadores terceirizados que laboram em condições análogas a de escravo e do aumento da taxa de trabalho infantil entre os trabalhadores que laboram nesse tipo de modalidade.

Quanto ao calote das empresas prestadoras de serviços, é bastante comum que os trabalhadores terceirizados tenham seus salários atrasados, bem como as empresas não tenham condições financeiras de concluir a obra ou projeto em execução e mandem os trabalhadores para casa sem receber nenhum tostão.

Ainda no tocante aos acidentes e mortes no trabalho, ficou evidenciado que os trabalhadores terceirizados são as maiores vítimas nesse tipo de situação em virtude de laborarem nas atividades de maiores riscos e também sem o treinamento necessário. Concluindo que para cada morte por acidente do trabalho de empregado diretamente contratado, já houve três mortes por acidente por trabalhadores terceirizados.

A precarização dos direitos fica clara na medida em que os trabalhadores terceirizados recebem salários e benefícios inferiores, ficam expostos a mais riscos no trabalho, assim como gera conflitos dentro de uma empresa, eis que os trabalhadores terceirizados desempenham a mesma função dos trabalhadores diretamente contratados, mas não recebem a contraprestação de forma igual.

Essa precarização dos direitos também é responsável por gerar o outro prejuízo da terceirização que é a discriminação e o repúdio aos trabalhadores terceirizados. A discriminação tanto por parte da empresa como pelos funcionários e ocorre pela parte dos funcionários devido ao fato de verem no trabalhador terceirizado uma ameaça, alguém que deseja retirar o seu lugar e os tratam de maneira inferior, já a empresa trata de forma desigual os trabalhadores inclusive no tocante a uniforme, vestiário e refeitórios.

Diante disso o trabalhador sente-se comumente desrespeitado no ambiente de trabalho, não há como afirmar que a terceirização é benéfica para os trabalhadores terceirizados, eis que ser trabalhador diretamente contratado trazem mais direitos e garantias, assim como abarca os princípios da dignidade humana e a totalidade de direitos sociais.

Há também pesquisas que apontam que a maioria dos trabalhadores encontrados em condições análogas a de escravo, eram em sua grande maioria trabalhadores terceirizados, assim como se verifica que esses trabalhadores já vêm vivenciando uma exploração desde crianças, quando também relatam que foram submetidos ao trabalho infantil.

Com o intuito de regulamentar através de lei a prática da terceirização e proporcionar mais direitos aos trabalhadores terceirizados, foi criado o Projeto de Lei nº 4.330/2004 pelo ex- deputado Sandro Mabel, ou atualmente mais conhecido como Projeto de Lei Complementar nº 30/2015 que ainda está tramitando no Senado Federal, que traz entre as suas alterações a permissão de que sejam também terceirizadas as atividades-fim da empresa.

Ocorre que o projeto, diferentemente do que tenta mostrar para a população, não vai beneficiar os trabalhadores, muito pelo contrário, vai aumentar a discrepância de direitos entre os trabalhadores terceirizados e os contratados. Ao instituir a permissão de terceirização de todas as atividades da empresa, irá certamente produzir demissões em massa, pelo fato de que ao contratar um trabalhador terceirizado, se paga um salário inferior e menos garantias trabalhistas do que se fosse um empregado.

Ainda, tal projeto, dispõe que o vínculo empregatício se dará entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, não sendo a empresa principal que é a que dispõe de maior capital financeiro, responsável por esse empregado.

Apesar, de a responsabilidade ter passado de subsidiária para solidária, assim como ser convencionado na lei de que a empresa que vai prestar os serviços terceirizados tenha que ser “especialista na prestação dos serviços”, é possível de grandes empresas com influência mascararem esse fato.

Assim como, mesmo que esteja disposto que vai ser “garantido” ao trabalhador terceirizado manter os direitos e o salário adquirido em caso de sucessão de empresas para a

prestação do mesmo serviço, é possível também que haja muitas fraudes por parte dos empregados, eis que poderão não recontratar esse funcionário ou mesmo substituírem a pessoa jurídica como forma de burlar a lei.

Nesse sentido, verifica-se que apesar dessa nova lei trazer “mais” direitos aos trabalhadores terceirizados, do que o que é vivenciado atualmente, ela leva a uma precarização dos direitos e um retrocesso na nossa legislação, o que não é admissível, eis que de uma forma mascarada ela passa a permitir que a livre contratação de trabalhadores pela terceirização, sem que essas pessoas sejam portadoras de direitos humanos, sociais e trabalhistas, há inclusive dispositivos da Organização Internacional dos Trabalhadores que impedem que haja discriminação de salário entre os trabalhadores e que há anos estão consolidados em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, como já manifestado anteriormente, se essa lei entrar em vigor, o desemprego tenderá a aumentar ainda mais, porque não haverá estímulo à contratação de empregados, já que se é possível contratar um mesmo trabalhador através de outra modalidade de trabalho que me permite que eu pague um salário inferior, que eu não tenha vínculo empregatício, que eu tenha mais lucro na minha empresa, não há porque existir a contratação de empregados diretos.

Esse é o pensamento empresarial que irá se disseminar no país, caso haja a aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 30/2015, assim os trabalhadores ficaram cada vez mais a mercê da vontade dos contratantes, sem nenhuma segurança no ambiente de trabalho, aumento na rotatividade de empregados, perda da representação sindical, jornada de trabalho mais extensa, trabalho menos qualificado e também permanecerá o sentimento de inferioridade por ser trabalhador terceirizado.

Por fim, cabe frisar que se o real interesse do projeto fosse mesmo igualar os direitos dos trabalhadores contratados diretamente com os trabalhadores terceirizados, haveria essa disposição expressa na lei, o que não é verificado.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Silvana. **Por que dizemos não ao PL 4330**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/por-que-dizemos-nao-ao-pl-4330>> Acesso em: 20 de abril de 2016

ALVAR, Maria Vitoria Queija. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6018#_ftn10 Acesso em: 20 de abril de 2016

ANTUNES, Ricardo. **Projeto de terceirização gera “escravos modernos”**. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/05/17/projeto-de-terceirizacao-gera-escravos-modernos-analisa-antunes/> Acesso em: 12 de maio de 2016

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição. 2010. Editora LTD

BRASIL. **ADC 16, de 24 de novembro de 2010**. Dispõe sobre responsabilidade contratual subsidiária. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> Acesso em: 27 de abril de 2016

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.330/ 2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841> Acesso em: 15 de maio 2016

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 23 de abril de 2016

BRASIL. **Decreto Lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre organização da administração federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Revogado pela Lei 9.527/97. Acesso em: 06 de abril de 2016

BRASIL. **Decreto Lei nº 1034/69, de 21 de outubro de 1969**. Dispõe sobre medidas de segurança para instituições bancárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1034.htm. Revogado pela Lei 7102/83. Acesso em: 08 de abril de 2016

BRASIL. **Lei 5.645/70, de 10 de dezembro de 1970**. Dispõe sobre diretrizes para classificação dos cargos do serviço civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm Acesso em: 10 de abril de 2016

BRASIL. **Lei 6.019/74, de 03 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm Acesso em: 19 de abril de 2016

BRASIL. **Lei 6.019/74, de 03 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm Acesso em: 19 de abril de 2016

BRASIL. **Lei 7.102/83, de 20 de junho de 1983.** Dispõe sobre medidas de segurança em estabelecimentos financeiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm . Acesso em: 12 de abril de 2016

BRASIL. **Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993.** Dispõe sobre normas para licitação e contratos da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em: 26 de abril de 2016

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 30/2015.** Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928> Acesso em: 17 de maio de 2016

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Jurisprudência. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2299> Acesso em: 24 de abril de 2016

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Orientação Jurisprudencial 383 SDI-1. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html Acesso em: 20 de abril de 2016

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula 331, de 31 de maio de 2011. Dispõe sobre a terceirização. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html Acesso em: 15 de abril de 2016

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula 363. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363 Acesso em: 22 de abril de 2016

CRUZ, Felipe Santa. **Precarização do Trabalho: Projeto de Lei da Terceirização transforma em regra o que deveria ser exceção.** 26 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/felipe-santa-cruz-lei-terceirizacao-transforma-excecao-regra> Acesso em: 10 de maio de 2016

CUT. **Terceirização o algóz dos acidentes de trabalho.** Disponível em: <http://www.cut.org.br/noticias/terceirizacao-o-algoz-dos-acidentes-de-trabalho-925b/> Acesso em: 10 de abril de 2016

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, Editora LTR

DIEESE. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil.** São Paulo: DIEESE, 2007. Disponível:

<http://www.dieese.org.br/projetos/MTE/SACC/METAI/terceirizacao.pdf>; Acesso em: 08 de maio de 2016

DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento uma conta que não fecha**. 2011. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf> Acesso em: 16 de abril de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, v.7, 2001

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao de escravo: coincidência?** Disponível em:

<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf> Acesso em: 12 de abril de 2016

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho escravo: níveis pandêmicos de terceirização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/542001-terceirizacao-e-trabalho-escravo-niveis-pandemicos-de-precarizacao-entrevista-especial-com-vitor-filgueiras> Acesso em: 08 de abril de 2016

FUNCOGE. **Relatório de 2013**. Disponível em:

<http://www.funcoge.org.br/csst/relat2013/html/comentarios.html> Acesso em: 14 de abril de 2016

GAZETA DO POVO. **Funcionários terceirizados dos correios reclamam de falta de pagamento**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/funcionarios-terceirizados-dos-correios-reclamam-de-falta-de-pagamento-1xq5563ggwru17k0bdms33iha> Acesso em: 09 de abril de 2016

IMHOFF, Márcia e MORTARI, Aline Perico. **Terceirização vantagens e desvantagens para as empresas**. Disponível em:

http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/Gestao/terceirizacao_vantagens_desvantagens.pdf Acesso em: 04 de abril de 2016

LIMA, Mario Rodrigues de. **Responsabilidade civil ato ilícito puro e equiparado**.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8526/Responsabilidade-civil-ato-ilicito-puro-e-equiparado> Acesso em: 24 de abril de 2016

LYKAWKA, Liliane apud Marcelino e Cavalcante. **O trabalho terceirizado:**

reconhecimento, valorização e satisfação. Porto Alegre. 2013. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/76594/000879009.pdf?sequence=1> Acesso em: 10 abril de 2016

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELES, Livia Maria da Silva. **Terceirização**. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23148-23150-1-PB.pdf> Acesso em: 30 de março de 2016

MORETO, Laércio. **A Gestão Eficaz de Contratos: Suporte para a Implantação de Terceirização de Serviços – Caso Petrobras – Unidade Espírito Santo**. Santa Catarina, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/79114> Acesso em: 10 de maio de 2016

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2000.

OIT. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo no Brasil**. Brasília, 2011.

OLIVEIRA, Cida de. **Dos trabalhadores em condição análoga a escravidão, 82% são terceirizados**. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2015/08/82-dos-trabalhadores-em-situacao-analoga-a-escravidao-sao-terceirizados-4491.html>. Acesso em: 17 de abril de 2016

PLASSAT, Xavier. **Mais terceirização, mais trabalho escravo**. Disponível em: <http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/trabalho-escravo/2619-mais-terceirizacao-mais-trabalho-escravo> Acesso em: 19 de abril de 2016

QUEIROZ, Antônio. **Alterações no projeto de terceirização são insuficientes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/antonio-queiroz-alteracoes-projeto-terceirizacao-sao-insuficientes> Acesso em: 02 de maio de 2016

QUIMICOS UNIFICADOS. **Protesto contra a morte na mexichem paralisa 100% a produção em Sumaré**. Disponível em: <http://www.quimicosunificados.com.br/12106/protesto-contramorte-na-mexichem-paralisa-100-a-producao-em-sumare/> Acesso em: 17 de abril de 2016

RAIS. 2013. **Elaboração: DIEESE/CUT Nacional**, 2014.

REPORTER BRASIL. **Petrobrás deve resguardar créditos trabalhistas em contratos terceirizados**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/petrobras-deve-resguardar-creditos-trabalhistas-em-contratos-terceirizados/>. Acesso em: 12 de abril de 2016

SEVERO, Valdete Souto. **Para além do PL 4330**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/para-alem-do-pl-4330> Acesso em: 18 de abril de 2016

UCHÔA, Marcelo. **Retrocesso Social inaceitável**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/38062/retrocesso-social-inaceitavel#ixzz3e0jcKJy0> Acesso em: 04 de maio de 2016

VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no novo código civil**. Texto disponível no *site* do escritório Demarest e Almeida Advogados. Disponível em: www.societario.com.br/demarest. Acesso em: 16 de abril de 2016